LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Autor: Miguel Molinari

Tesis doctoral UDC / Año 2019

Director: Dr. Justo José Reyna

Tutor: Dr. Carlos Aymerich Cano

Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

RESUMEN

El principio que veda todo enriquecimiento sin causa se ha ido sedimentando de una manera muy particular en el Derecho Administrativo contractual argentino, al igual que en diferentes sistemas iberoamericanos.

Una de las particularidades de su aplicación se vincula al régimen de invalidez del contrato administrativo, especialmente en aquellos casos que se cotejen vicios graves en los elementos "forma" o "procedimiento".

Pese a los lineamientos establecidos por la normativa federal, la Corte Suprema argentina, tras un cambio de criterio, ha convalidado que ante la omisión o vicio grave en los elementos "forma" o "procedimiento" del contrato administrativo debe declararse la inexistencia jurídica del acuerdo, descartando la posibilidad de reconocer oficiosamente la figura del enriquecimiento incausado.

Empero, podría excepcionalmente complementarse el criterio sostenido por el Máximo Tribunal, promoviendo la declaración oficiosa de la responsabilidad patrimonial del Estado por enriquecimiento sin causa, en la medida que se cotejen debidamente una serie de recaudos puntuales, frente a una serie de situaciones concretas. Con justificación en los principios del iura novit curia y del *da mihi factum, dabo tibi ius*, ello no violentaría el principio procesal de congruencia ni al derecho de defensa de la Administración, tal como puede evidenciarse en diversa jurisprudencia iberoamericana.

RESUMO

O principio que prohibe todo enriquecemento sen causa estableceuse dun xeito moi particular no Dereito Administrativo de contratos arxentino, así como en diferentes sistemas iberoamericanos.

Unha das peculiaridades da súa aplicación está ligada ao réxime de nulidade do contrato administrativo, especialmente nos casos en que se comproban defectos graves nos elementos "forma" ou "procedemento".

A pesar das directrices establecidas pola normativa federal, o Tribunal Supremo arxentino, tras un cambio de criterio, validou que no caso de omisión ou vicio grave nos elementos "de forma" ou "procedemento" do contrato administrativo, a inexistencia legal do acordo debe ser declarada, descartando a posibilidade de recoñecer a figura de enriquecemento non causado.

Non obstante, o criterio apoiado polo Alto Tribunal podería complementarse excepcionalmente, promovendo a declaración da responsabilidade patrimonial do Estado para o enriquecemento sen causa, ata o punto de que unha serie de coleccióńs específicas están debidamente recollidas, ante unha serie de situacións específicas. Con xustificación nos principios de *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*, isto non

violaría o principio procesual de congruencia ou o dereito de defensa da Administración, como se pode evidenciar en varias xurisprudencias iberoamericanas.

ABSTRACT

The principle that prohibits all enrichment without cause has been settling in a very particular way in the argentine contract Administrative Law, as well as in different ibero-american systems.

One of the peculiarities of its application is linked to the invalidity regime of the administrative contract, especially in cases where serious defects in the elements "form" or "procedure" are checked.

Despite the guidelines established by federal regulations, the Argentine Supreme Court, after a change, has validated that in the event of omission or serious vice in the “form” or “procedure” elements of the administrative contract, the non-existence of the agreement must be declared, ruling out the possibility of officially recognizing the figure of uncaused enrichment.

However, the decision supported by the High Court could be exceptionally complemented, promoting the declaration of the patrimonial responsibility of the Administration for enrichment without cause, to the extent that a series of specific collections are duly collated, in the face of a series of specific situations. With justification in the principles of *iura novit curia* and *da mihi factum, dabo tibi ius*, this would not violate the procedural principle of congruence or the right of defense of the Administration, as can be evidenced in iberoamerican jurisprudence.

"Si el derecho es la regla racional de cada relación, aunque indestructible y universal en su sustancia, en su principio, su aplicación debe ser tan móvil como las relaciones que preside"

Juan Bautista Alberdi

Fragmento preliminar al estudio del Derecho

-1837-

"El Derecho es como Saturno devorando a sus hijos: no le es posible renovación sino rompiendo con el pasado"

Rudolf von Ihering

La lucha por el Derecho (*Der Kampf ums Recht*)

-1872-

ÍNDICE GENERAL

- **ABREVIATURAS** 7
- **INTRODUCCIÓN** 8
  I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y PROPÓSITOS DE LA OBRA 8
  II.- LA HIPÓTESIS ESCOGIDA 16
  III.- PLAN DE LA EXPOSICIÓN 18
  IV.- OBJETIVOS 19
- **<u>PRIMERA PARTE</u>: LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA** 21
  CAPÍTULO I: BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO 22
    I.- RASGOS GENERALES 22
      I.1. Apreciaciones preliminares 22
      I.2. Definición esbozada a partir de los pronunciamientos del Alto Tribunal federal argentino 35
    II.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO ESPECIE DEL ACTO ADMINISTRATIVO. LAS PECULIARIDADES DEL ELEMENTO "FORMA" COMO REQUISITO ESENCIAL O ESTRUCTURADOR 42
    III.- DESAFÍOS ACTUALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN A ESCALA IBEROAMERICANA 49
  CAPÍTULO II: EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO EN LA ETEPA DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL 53
    I.- LAS PRERROGATIVAS ESTATALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 54
      I.1. Prerrogativa de dirección, inspección y control 54
      I.2. Prerrogativa de interpretación unilateral del contrato 56
      I.3. Prerrogativa o principio de continuidad en la ejecución 61
      I.4. Potestad sancionatoria 63
      I.5. Potestad de revocación por interés público 67
      I.6. Potestad de modificar el contrato por razones de interés público ("*potestas variandi*") 72
    II.- LAS TÉCNICAS DE GARANTÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO 78
      II.1. Supuestos vinculados a una actividad estatal 80
      II.2. Supuestos no vinculados a una actividad estatal 82
  CAPÍTULO III: LA INVALIDEZ EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO 85
    I.- NOCIONES GENERALES 85
    II.- EVOLUCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO. LA ACTUALIDAD NORMATIVA 86
      II.1. Aplicación directa del Derecho Privado 86
      II.2. Implementación del método de interpretación analógica como instrumento de integración del ordenamiento administrativo lagunoso 87
      II.3. Sanción de la Ley N° 19.549 y emisión del Decreto delegado N° 1023/01 88
    III.- BREVE CARACTERIZACIÓN DE LA NULIDAD CONTRACTUAL 90
    IV.- LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA 94
      IV.1. Orígenes y aplicación de la teoría de la inexistencia 96
      IV.2. El análisis de la doctrina administrativa argentina 98
    V.- UNA SERIE DE DISYUNTIVAS 99
      V.1. ¿Creación pretoriana *contra legem*? 99
      V.2. ¿Potenciación del elemento "forma" en la contratación administrativa? 103
      V.3. La experiencia iberoamericana 105
- **<u>SEGUNDA PARTE</u>: CONSIDERACIONES ACERCA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO** 111
  CAPÍTULO IV: LINEAMIENTOS GENERALES DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA 112
    I.- CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA 112
    II.- NATURALEZA JURÍDICA 115
      II.1. ¿Cuasicontrato Administrativo? 115
      II.2. ¿Fuente autónoma de obligaciones? 118
      II.3. ¿Principio general del Derecho? 119
      II.4. Nuestra postura 123
    III.- ORÍGENES Y EVOLUCIÓN 123
    IV.- SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO 127
      IV.1. El Código de Vélez Sarsfield 128

IV.2. El Código Civil y Comercial de la Nación 129
V.- CARACTERES 130
VI.- PRESUPUESTOS ESENCIALES 132
VII.- FUNDAMENTOS 133
VIII.- EFECTOS 135
IX.- LA ADMISIÓN DE LA INTERDICCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO 136
IX.1. Su recepción en Francia 139
IX.2. Su recepción en España y Alemania 141
IX.3. Su recepción en Argentina 142
CAPÍTULO V: LOS POSTULADOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA A LA LUZ DE LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA 147
I.- PRIMERA ETAPA: LA NULIDAD CONTRACTUAL Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA 147
I.1. “Sociedad Anónima y Puerto del Oeste” (1924) 147
I.2. “Constantini, Hijos de don Luis” (1936) 149
I.3. “Empresa Constructora F. H. Schmidt S.A.” (1937) 149
I.4. “Marún Nacib” (1938) 150
I.5. “Provincia de San Juan” (1938) 150
I.6. “Empresa Constructora F.H. Schmidt S.A.” (1938) 151
I.7. “Consuelo Touceda Humano” (1942) 151
I.8. “Administración General de Transportes de Buenos Aires” (1961) 152
I.9. “Gerosa” (1963) 152
I.10. “Pfizer Argentina S.A.” (1967) 152
I.11. “Nación Argentina” (1976) 153
I.12. “Stamei S.R.L.” (1987) 154
II.- SEGUNDA ETAPA: LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA JURÍDICA EN MATERIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA 155
II.1. “Ingeniería Omega S.A.” (2000) 155
II.2. “Carl Chung Ching Kao” (2001) 158
II.3. “Magnarelli” (2005) 159
II.4. “Cardiocorp S.R.L.” (2006) 160
II.5. “Sanecar S.A.C.I.F.I.A.” (2008) 162
II.6. “Síper Aviación S.A.” (2008) 162
II.7. “Orrico S.R.L.” (2009) 163
II.8. “Lix Klett S.A.I.C.” (2012) 163
III.- ¿UNA TERCERA ETAPA? 164
- <u>TERCERA PARTE</u>: FRENTE A DETERMINADOS SUPUESTOS, ¿ES VIABLE LA APLICACIÓN OFICIOSA DE LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL MARCO DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO ILEGÍTIMO E INSUSCEPTIBLE DE SANEAMIENTO? 169
CAPÍTULO VI: LA APLICACIÓN DE LA INTERDICCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA 170
I.- CONSIDERACIONES 170
II.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA TEORÍA QUE VEDA EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (A LA LUZ DEL CRITERIO DEL ALTO TRIBUNAL FEDERAL ARGENTINO) 171
II.1. Requisitos generales de la figura que veda todo enriquecimiento sin causa 171
II.2. Requisitos propios del enriquecimiento incausado en el Derecho Administrativo 171
II.2.i. Enriquecimiento del Estado 171
II.2.ii. Empobrecimiento del particular 172
II.2.iii. Correlación entre empobrecimiento y enriquecimiento (o relación causal entre ambos) 174
II.2.iv. Ausencia de causa justificante 174
II.2.v. Inexistencia de disposición legal prohibitiva 175
II.3. Requisitos procesales de la *actio in rem verso* o procedimentales del “legítimo abono” 175

II.3.i. La *actio in rem verso* 175
a)- Legitimación 175
b)- Objeto 176
c)- Carencia de otra acción útil. El presupuesto de la subsidiariedad 177
d)- La oportunidad del planteo. ¿Procede su invocación directa en instancia judicial, o necesariamente debe invocarse de manera previa en sede administrativa? 178
d.1. Encuadre del problema 178
d.2. Alternativas 180
d.3. El enriquecimiento sin causa y la teoría de responsabilidad estatal 183
d.3.i. ¿Responsabilidad contractual del Estado? 183
d.3.ii. Responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Por su actividad legítima o ilegítima? 184
d.3.iii. Nuestra postura 186
II.3.ii. El caso del legítimo abono y el reconocimiento del gasto en sede administrativa 188
II.3.iii. ¿Aplicación de oficio en sede administrativa? 190
II.3.iv. La omisión estatal 191
CAPÍTULO VII: ELEMENTOS DETERMINANTES PARA JUSTIFICAR LA VIABILIDAD EXCEPCIONAL DE LA HIPÓTESIS IDEADA 195
I.- REALIZACIÓN DE TRABAJOS A FAVOR DEL ESTADO E INDIVIDUALIZACIÓN EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS 196
II.- LA BUENA FE DEL PARTICULAR 196
III.- UNA "VEROSIMILITUD" DE LEGITIMIDAD EN LA CONTRATACIÓN A LOS OJOS DEL PARTICULAR 203
IV.- EL EJERCICIO COMPROBADO DE PRERROGATIVAS ESTATALES CONTRACTUALES 204
V.- LA RECEPCIÓN DE LOS TRABAJOS, BIENES O SERVICIOS POR PARTE DEL ESTADO. SU UTILIDAD 204
VI.- LA INTERPOSICIÓN DE UN RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO POR PARTE DEL PARTICULAR POR OMISIÓN ESTATAL Y LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO QUE MOTIVA LA INTERPOSICIÓN DE UNA POSTERIOR ACCIÓN JUDICIAL 206
VII.- COLOFÓN 208
CAPÍTULO VIII: ESCOLLOS QUE PRESENTA LA APLICACIÓN OFICIOSA 212
I.- PRIMER ESCOLLO DE NUESTRO ENCUADRAMIENTO: EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. SU RELACIÓN CON EL AFORISMO *IURA NOVIT CURIA* 212
I.1. El principio procesal de congruencia. La pretensión. 212
I.2. El principio *iura novit curia* 214
I.3. Determinada jurisprudencia iberoamericana admite la aplicación oficiosa de la figura del enriquecimiento sin causa sin que ello implique una vulneración al principio de congruencia 217
I.3.i. España 217
I.3.ii. Colombia 220
I.4. Ciertas normas procesales argentinas habilitan a la Judicatura a matizar el principio procesal de congruencia 223
I.5. Nuestra postura 224
II.- SEGUNDO ESCOLLO: EL DERECHO DE DEFENSA 226
- CONCLUSIONES 231
- BIBLIOGRAFÍA 236
- ÍNDICE JURISPRUDENCIAL 261

ABREVIATURAS

CCyCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CN	Constitución Nacional
C.N.C.A.F.	Cámara Nacional de lo Contencioso Administrativo Federal
C.P.C.C.N.	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
C.S.J.N.	Corte Suprema de Justicia de la Nación
C.S.J.S.F.	Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe
ED	Revista jurídica El Derecho
JA	Revista jurídica Jurisprudencia Argentina
L.N.P.A.	Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (N° 19.549)
p.	Página
P.T.N.	Procuración del Tesoro de la Nación
RAP	Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública
R.C.A.N.	Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional
REDA	Revista de Derecho Administrativo
S.C.J.M.	Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza
ss.	siguientes
S.T.S.	Sentencia de Tribunal Supremo español
T.J.U.E.	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
T.S.J.C.A.B.A.	Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

INTRODUCCIÓN

I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y PROPÓSITOS DE LA OBRA

Deseamos comenzar este trabajo mediante un introito que intentará justificar la elección del objeto de la investigación, como así también la peculiaridad de la hipótesis elaborada y el lugar desde donde se efectúan los análisis correspondientes, con el simple afán de transmitir al lector determinadas reflexiones personales, tendentes a complementar ciertas reglas generales de nuestra disciplina, exorbitante del Derecho Privado.

Damos inicio entonces al desarrollo de esta obra bajo un enfoque mayoritariamente iuspublicista, con la intención de entrelazar cuestiones teóricas desde el ámbito de la práctica jurídica. Adelantamos que el lineamiento propuesto estará principalmente direccionado bajo una impronta un tanto inusual, pues no se intentará indagar sobre grandes innovaciones científicas, sino más bien repensar algunas tendencias, que -como operadores jurídicos- encontramos a diario, para así plantear eventuales alternativas (incluso procesales).

Semejante objetivo no será del todo sencillo, puesto que en la mayoría de los casos los estudios de la ciencia jurídica permanecen inmersos y se diluyen en meras abstracciones conceptuales y en disquisiciones teóricas alejadas de la práctica, sin anclaje en la realidad[1].

Cuadra apuntar que el objeto de toda ciencia es la comprensión de los fenómenos que se producen dentro de un determinado campo, la cual debe ser reflexiva y sistemática. Desde esta perspectiva, y trasladándonos a la ciencia del Derecho, dicha tarea de comprensión debe necesariamente entrelazarse con la praxis, pero respetando los postulados de la dogmática jurídica, en la medida de que ésta, lejos de brindar directrices o indicaciones absolutas e inflexibles o universales[2], tiende a definir aquellas premisas y conceptos elementales mediante un pragmatismo metódico y razonable[3].

Por ello, el estudio al que aquí se da comienzo -espinoso por cierto y frágil en muchas de sus justificaciones- nace de una preocupación de fondo: la de encuadrar

[1] Entendemos que -en nuestro tiempo- los trabajos jurídico-científicos deben dar prioridad a situaciones reales y consecuencias de índole teórico-práctico, al efecto de resolver problemas definidos, sean actuales o futuros.

[2] NINO, Carlos Santiago, *Notas de Introducción al derecho*, Tomo IV, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 115.

[3] Ya que *"la ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares y concretos"* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios del Derecho*, Civitas, Madrid, 1996, p. 76), sumado a que *"el objetivo de la teoría del Derecho no puede ser exclusivamente cognoscitivo, sino que la teoría (...) se funde con la práctica"* (ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 33).

adecuadamente la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa[4] en el vasto campo de la contratación administrativa. Principalmente, enfatizando aquellas situaciones que devienen de acuerdos celebrados por la Administración Pública[5] de manera irregular o ilegítima[6].

[4] Concebimos como sinónimos a los términos *"enriquecimiento injusto"*, *"enriquecimiento injustificado"*, *"enriquecimiento sin causa"* o *"enriquecimiento torcitero"*. Si bien para esta última acepción la jurisprudencia española puntualizó el requisito de la utilización de medios reprobables o fraudulentos, de engaño o mala fe del enriquecido, preferimos no hacer cuestión de ello y aludir de manera unívoca y equivalente a las cuatro expresiones, en la medida que tal posible disquisición no presenta mayor relevancia a los fines de este trabajo.

[5] Si bien es proverbial la dificultad para conceptualizar dicho término, *"que se deja describir, pero no definir"* (FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 11), utilizaremos el término *"Administración"* en sentido material u objetivo, abarcando con ello a cualquier órgano o ente del Estado que se encuentre en ejercicio de una función materialmente administrativa, comprendiendo a los órganos ejecutivos, legislativos o judiciales. Bajo esta idea, a los fines de la presente obra, emplearemos como sinónimos a los vocablos "Administración" o "Estado". Aclaramos también que no se examina en este trabajo, entonces, la posibilidad de que una persona no estatal ejerza función materialmente administrativa, sea como consecuencia de una imputación de funciones, o adjudicación de competencias o de una delegación de facultades, como alguna vez determinó el Alto Tribunal argentino (C.S.J.N., "Schirato", Fallos 304:490, 1982), o de cometidos (C.S.J.N., "Davaro", Fallos 315:1883, 1992, disidencia de los Dres. Barra y Fayt), denominada también como *"delegación transestructural de cometidos"* (BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 249; *Contrato de obra pública*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 116).

[6] Sin perjuicio de entender por *"legitimidad"* no sólo a la legalidad (que procura ajustar el obrar administrativo al ordenamiento jurídico positivo, mediante la limitación o el condicionamiento del poder jurídico del órgano que lleva a cabo la función administrativa), sino también a la razonabilidad o justicia de la actuación administrativa, en cuanto exige que los actos y conductas estatales posean un contenido justo, razonable y valioso (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 17); en el marco de esta investigación aludimos al término *"ilegitimidad"* a la ausencia o defecto grave en uno de los elementos estructurales del contrato administrativo. Recordemos que en el ámbito federal, el examen de validez de los contratos administrativos debe efectuarse a tenor de las disposiciones de las respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la Ley N° 19.549 *"en cuanto fuere pertinente"*, tal como establece el artículo 7 *in fine* de la precitada normativa, y reconoce la jurisprudencia (C.S.J.N., "Rincón de los Artistas S.R.L.", Fallos 326:3700, 2003). Sin embargo, esta regulación hermenéutica termina reconduciendo el problema interpretativo a una aplicación analógica (y no directa) de las normas del Título III de la Ley N° 19.549 (que regulan justamente el acto administrativo). Esto no resulta menor. Máxime cuando todo contrato administrativo conlleva necesariamente un conjunto de actos administrativos, sean de alcance general (tanto normativos, como no normativos), como de alcance particular, configurando así un verdadero bloque de juridicidad contractual, regulando todo lo relativo al procedimiento de selección, su perfeccionamiento, ejecución y posterior extinción, denotando la necesidad de efectuar una adaptación previa de cada requisito o precepto legal *"a la naturaleza, estructura y fines que persigue la contratación pública en las respectivas leyes especiales. (…). Sólo si se da esa compatibilidad procederá la aplicación directa (…), aun cuando el contrato administrativo sea (en sentido amplio) una de las especies del acto administrativo"* (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 398). Concebimos como recaudos necesarios para dotar de validez a un contrato administrativo a los elementos competencia, causa, objeto, finalidad, motivación, forma y procedimiento. Estos últimos elementos tendrán una relevancia significativa para el abordaje de nuestra tesis.

De cualquier modo, el trabajo intenta -además de concretar un estudio de cierta envergadura teórico-práctica de la cuestión- analizar críticamente el grado de avance que presenta la temática en el sistema jurídico argentino, adelantando que el instituto en ciernes se encuentra admitido en nuestro derecho, con diferentes matices, contornos e intensidades, pero no con el grado de sistematización que particularmente anhelamos.

Como es sabido, uno de los rasgos que caracteriza a la actividad administrativa contemporánea está dado por la injerencia progresiva de lo público en campos antaño reservados a la iniciativa individual[7]. Esta cuestión claramente no escapa al ámbito de la contratación administrativa, toda vez que el Estado (*lato sensu*) -con una mayor presencia social en nuestro tiempo- celebra a diario distintos acuerdos para atender diferentes necesidades concretas, mediante el suministro, provisión o abastecimiento de bienes, la prestación de diversos servicios o el desarrollo de obras e infraestructuras, entre demás supuestos, como herramienta esencial para la satisfacción del interés público[8].

---

[7] CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 2.

[8] Entendido, a los fines de la presente obra, como aquél concepto jurídico indeterminado que es el *"resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos"* (ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 250). Al respecto, Rodríguez-Arana Muñoz sostiene que el servicio objetivo al interés general implica atender preferentemente a las necesidades colectivas de las personas (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El Buen Gobierno y la Buena Administración de las Instituciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 15), en tanto dicho interés -a la luz del Consejo de Estado francés- es la finalidad última de la acción pública y representa, producto de su naturaleza supraindividual, los principios del Estado social y democrático de Derecho, explicitándolos en la realidad diaria (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, ps. 12 y 177). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del contexto de la Convención Americana, concibe al interés público o bien común como *"un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos* (Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 66). Por su parte, el Máximo Tribunal federal argentino precisó al bien común como aquel *"conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección"* (C.S.J.N., "Sabella", Fallos 296:65, 1976), enfatizando luego que dicha noción *"no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere común excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas"* (C.S.J.N., "A.L.I.T.T.", Fallos 329:5266, 2006). En tales términos, asociamos en el marco del presente trabajo al "interés público" con el "bien común".

Somos conscientes del dilema actual que se plantea en el mundo económico entre la existencia de necesidades múltiples e ilimitadas y la presencia de bienes o recursos escasos[9]. Bien conocemos, también, las aristas complejas que presenta el ejercicio de función administrativa[10], incluso en el plano contractual. Producto de ambas cuestiones, advertimos que la satisfacción del interés público es el corolario de un

[9] AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Contratación administrativa y financiamiento", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública*, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 561.

[10] Si bien debe señalarse que no existen elementos definitorios propios y exclusivos de la función administrativa (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo III, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, p. IX-9), puede concebirse como aquella mediante la cual el Estado satisface *"el bien común con inmediatez, en forma directa, concretando los mandatos legislativos, judiciales o, en su caso, directamente constitucionales, a través de una estructura orgánica caracterizada por la relación de jerarquía, estricta o atenuada (tutela), que actúa con arreglo a un procedimiento dirigido a garantizar la legalidad y eficacia del accionar administrativo. Respecto de la función administrativa, se puede afirmar que su régimen jurídico se impone, en nuestro ordenamiento, a la mayor parte de la actividad cumplida por el Poder Ejecutivo (parte II, título I, sección 2°, Constitución Nacional), y a la parte de la actividad de los otros poderes que, en cada caso, no asuman condición legislativa o jurisdiccional con arreglo a la caracterización que de ellas se hizo. Según este criterio, se considera función administrativa a toda la actividad realizada por la Administración centralizada y descentralizada, cumplida por medio de procedimientos que garantizan formalmente la legalidad y eficacia del accionar de los órganos pertinentes, con exclusión de la que implica los actos institucionales o de objeto privado. (…). Y en este sentido proponemos, pues, como definición del derecho administrativo la siguiente: rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto de estudio las normas y principios que regulan el ejercicio de la función administrativa y, asimismo, el control judicial de ésta. (…). Ahora bien, la característica central del régimen jurídico de la función administrativa y, en consecuencia, del derecho administrativo, es su exorbitancia (…) que concibe el derecho administrativo como un instrumento equilibrado, orientado no sólo a la debida protección de los intereses individuales, sino también, a la adecuada preservación de las prerrogativas públicas"* (COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 4, 5 y 6). Bajo este entendimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado que *"la separación de funciones no implica que cada uno de los órganos del poder pueda ejercer únicamente actividades materialmente administrativas, legislativas o judiciales. Es que esas actividades son consecuencia del ejercicio mismo de poder, que nuestro sistema legal le reconoce a los tres órganos en sus determinados ámbitos de competencia. Sin embargo cada uno de los órganos sólo puede ejercer sus atribuciones dentro del estricto marco de su función específica"* (C.S.J.N., "Rodríguez Varela", Fallos 315:2990, 1992), justificando la afirmación por la cual *"las funciones administrativas son aquellas que el Legislador define como tales"* (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 217), en cumplimiento a los lineamientos constitucionales (incluyendo al preámbulo y demás preceptos). Recordemos que la vinculación entre estos conceptos viene dada en la medida de que el "*poder*" del Estado es uno solo, mientras que son sus funciones jurídicas las que pueden diferenciarse, como operaciones funcionales que actúan coetáneamente; admitiéndose que la función materialmente administrativa constituya una manifestación especial del mentado poder estatal (VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, ps. 220 y 221). Gordillo, al explicar qué es lo que estudia el ejercicio de la función administrativa, la caracteriza como *"toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales, como así también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares merced a una potestad conferida por el Estado"* (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I, ob. cit., p. V-28).

procedimiento administrativo[11] desarrollado a tal fin, lo que se traduce -precisamente- en el cauce formal de dicha función administrativa[12]. En consecuencia, podemos sostener que el elemento "forma"[13] adquiere singular importancia, en tanto legitima el obrar estatal, configurando una verdadera nota constitutiva del concepto de contrato administrativo, que trasciende de un mero carácter instrumental.

Habida cuenta de ello, nos proponemos analizar la actividad contractual de la Administración y su vinculación con la figura del enriquecimiento sin causa, especialmente en aquellos supuestos en que el particular haya cumplimentado -total o parcialmente- las prestaciones objeto de un acuerdo celebrado de manera irregular, ya sea por la ausencia o defecto grave en alguno de sus elementos estructurales.

Para abordar la temática señalada, resultará menester evaluar no sólo la figura del enriquecimiento sin causa y su recepción en el Derecho Administrativo[14]

---

[11] Comprendido como *"la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado"* (COMADIRA, Julio Rodolfo y MONTI, Laura, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 3), con principios propios, tales como los de juridicidad, oficialidad, verdad material, atenuación del rigor formal a favor de los particulares, debido procedimiento previo, celeridad, economía, sencillez y eficacia (COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 18).

[12] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 6; COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 1135.

[13] Comprensivo, en sentido amplio, de la motivación, procedimientos esenciales previos previstos por el ordenamiento vigente y requisitos formales a cumplir al momento de la celebración del contrato administrativo (CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 1288). Entre ellos, se evidencia el de selección del contratista (CANOSA, Armando y MIHURA ESTRADA, Gabriel, *El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial*, Jurisprudencia Argentina, Tomo IV, Buenos Aires, 1996, p. 774).

[14] Entendido de múltiples maneras y criterios de acuerdo a la doctrina argentina, ya sea como *"el conjunto de normas y de principios del Derecho Público interno que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados"* (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 129); como *"aquella parte del Derecho Público interno que regula la organización y las funciones y potestades de sustancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del órgano Ejecutor y de las entidades jurídicamente descentralizadas, las funciones administrativas de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas (…) a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del Derecho Privado"* (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 66); como el *"conjunto de principios y normas de derecho público interno que analiza la estructura de la Administración Pública, sus relaciones con los particulares e interorgánicas y la actividad administrativa"* (MARTÍNEZ, Hernán, *Derecho Administrativo. Concordado con Código Civil y Comercial, legislación nacional y legislaciones provinciales*, Tomo I, Nova Tesis, Rosario, 2017, p. 15); o aquel *"conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente control jurisdiccional de la Administración Pública"* (BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 5); o *"la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la*

(especialmente en relación con la materia contractual[15]), sino también los componentes esenciales que configuran -a modo de piezas indispensables- la estructura jurídica contractual, condicionando la validez del acuerdo de voluntades concertado.

Bajo este enfoque, resulta necesario indagar exhaustivamente la evolución de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal federal. Sólo así podremos comprender los actuales razonamientos, y -a partir de ello- gestar una postura crítica, considerando eventuales alternativas o desentrañando nuevos alcances. Aclaramos, entonces, que el estudio estará centrado en los criterios sostenidos por la Corte Suprema de Justicia argentina, más allá de algunas citas de tribunales provinciales o -incluso- extranjeros, elaborando comparaciones específicas.

Con relación a esta última cuestión, cabe adelantar que la jurisprudencia (tanto nacional como foránea) ha receptado y admitido la procedencia de la aplicación de la dogmática del enriquecimiento sin causa[16], especialmente en aquellas relaciones jurídicas suscitadas entre la autoridad estatal y un contratista particular[17], por lo cual el Estado no resulta indemne, toda vez que el propio principio de justicia le impide excusarse del deber de responder[18].

Por tanto, corresponde preestablecer -como recaudo- el razonamiento acordado por la Corte federal argentina con relación a la temática escogida, por cuanto ha

---

protección judicial existente contra ésta" (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I, ob. cit., p. V-28; COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 6); o la *"rama del derecho público que regula el ejercicio externo e interno de la función administrativa o ejecutiva, es decir, la asignada por la Constitución nacional a los órganos por ella creadas para ejercerla y que se encuentran subordinados al Jefe de Gabinete de Ministros y de los demás ministros, siempre bajo la responsabilidad política del presidente de la Nación"* (BARRA, Rodolfo Carlos, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 295); o el *"subsistema jurídico que regula la resolución de los conflictos entre derechos (derechos vs. derechos) con intervención del Poder Ejecutivo -reconociéndole prerrogativas en su aplicación- y recomponiendo las desigualdades preexistentes entre los titulares de aquéllos"* (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 313), entre muchas otras concepciones. Personalmente, adherimos a las nociones brindadas por los profesores Gordillo, Comadira y Escola.

[15] DE JANER Y DURAN, Enrique, *El enriquecimiento sin causa. Origen de instituciones administrativas*, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1955, p. 95.

[16] SPOTA, Alberto, *¿Proceden contra la Administración Pública las acciones de enriquecimiento sin causa y de gestión de negocios ajenos?*, Jurisprudencia Argentina, Tomo 49, Buenos Aires, 1935, p. 492.

[17] C.S.J.N., "Sociedad Anónima Canal y Puerto del Oeste", Fallos 141:190 (1924); "Provincia de San Juan", Fallos 181:166 (1938); "Juan A. Bracamonte", Fallos 204:626 (1946). En el Derecho español, son representativas las sentencias de su Tribunal Supremo, tales como las del 13 de marzo de 1984 (Ar. 1750), 28 de junio de 1984 (Ar. 3661), 9 de julio de 1988 (Ar. 5946), entre muchas otras (citadas en REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 456).

[18] BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 1214.

instaurado la aplicación de una variante doctrinaria desconocida en nuestra disciplina y en la experiencia positiva nacional: la teoría de la inexistencia jurídica[19].

En efecto, el Supremo Tribunal argentino considera que, en el supuesto de que la legislación aplicable exija una "forma" específica para la configuración contractual[20], dicha "forma" deberá ser cumplimentada, pues se trata de un requisito esencial que hace a la existencia de todo contrato administrativo.

Creemos conocer los razonables y loables motivos que justifican este criterio.

En primer lugar, encontramos aquellos de neta connotación práctica, considerando que, si no se cumplimenta con el ordenamiento vigente; es decir, si no se respeta la previsión legal, no se admite la existencia del acuerdo válido, y -por lo tanto- no se configura la consecuente obligación contractual: el pago. Desde este vértice, en aquellos supuestos en que se hayan efectuado -total o parcialmente- prestaciones puntuales[21], ante un reclamo en sede administrativa o frente a una eventual acción contenciosa con fundamento contractual, la doctrina vertida por el Alto Tribunal argentino determina que tales reclamos y/o acciones deben rechazarse, en razón de la inexistencia de contrato administrativo sobre el cual podrían sustentarse. Cuestión que conlleva a analizar la posibilidad de reconocer los gastos o costos incurridos por el particular, pese a la inexistencia de acuerdo, en la medida que se encuentren debidamente acreditados.

---

[19] Pese a que la doctrina aplica dicha terminología a partir de un precedente concreto (C.S.J.N., "Más Consultores Empresas S.A.", Fallos 323:1515, 2000), nuestro Máximo Tribunal federal literalmente consignó dicho término años más tarde, al aludir a una *"inexistencia de una relación contractual válida"* (C.S.J.N., "Síper Aviación S.A.", S. 596 XXXIII, 2008. El subrayado es agregado). En fallos anteriores, la Corte sostuvo que *"la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia"* (lo resaltado es propio). Por su parte, la Procuración General, en un antecedente puntual (C.S.J.N., "Cardiocorp S.A.", Fallos 329:5976, 2006), afirmó que el criterio sentado por el Tribunal en "Ingeniería Omega S.A." *"no se asienta en la nulidad de la contratación, sino en su inexistencia"* (el énfasis nos pertenece). Sin perjuicio de lo expuesto, cabe mencionar que el término *inexistencia* es considerado por cierta doctrina como erróneo, ya que aún frente a la ilegitimidad del contrato, se realizan prestaciones con la intención de cumplir con uno, por lo menos, aparente, a modo de título putativo (REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit. ps. 366 y 406).

[20] Si bien la Corte argentina ha sostenido que, ante la falta de una norma expresa, debe estarse por la validez del acuerdo (C.S.J.N., "Meridiano S.C.A.", Fallos 301:292, 1979).

[21] Ya sea: (i) en el marco de un contrato administrativo en el que se omitieron los requisitos formales exigibles en cuanto al procedimiento a seguir para la selección del contratista, o bien, que el mismo haya sido adjudicado por un órgano incompetente o, en su caso, una persona sin capacidad para vincular a la Administración (y tal cuestión no pueda ser subsanada); (ii) dentro de un contrato válidamente celebrado, pero en el que aquellas prestaciones o servicios exceden de los efectivamente previstos (ya sea por causas sobrevinientes o atendiendo a un ejercicio incorrecto del *ius variandi*.); (iii) se continúan con las prestaciones de un acuerdo ya vencido, o bien (iv) fuera de toda contratación o acuerdo de voluntades.

En segundo término, hallamos aquellos motivos de tinte moral o ético, asociados a la idea de purgar o erradicar maniobras corruptivas en el campo de la contratación administrativa.

Denotamos el deber y la necesidad de que la Administración actúe conforme al principio de juridicidad, acorde a lo preestablecido tanto en la Constitución Nacional y el bloque de convencionalidad, como en las leyes y reglamentos administrativos[22], erradicando cualquier maniobra fraudulenta que pueda operar mediante acuerdos directos entre los particulares y el Estado, al efecto de obtener beneficios burlando disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico aplicable.

Sin embargo, pese a la racionalidad del criterio del Supremo Tribunal argentino, advertimos que tales cuestiones no se presentan siempre de modo unívoco. En otras palabras, podrían llegar a contemplarse excepciones muy puntuales, de interpretación sumamente restrictiva, que permitirían comprender al criterio sentado por la Corte a modo de regla general, pero no como premisa taxativa e inmutable.

Bien puede suceder que el contratista particular, especialista en la actividad que desarrolla[23], obre de buena fe, razonablemente persuadido de que la contratación a celebrar, *prima facie*, reviste el carácter de legítima y obedece a móviles fidedignos.

A modo ejemplificativo, señalamos el caso por cual el Estado pretenda celebrar un contrato mediante una contratación directa, invocando expresas razones de necesidad y urgencia, las cuales podrían exhibirse -aun para el ojo del contratista particular[24]- como meramente opinables o discutibles[25]. En tal hipótesis, el particular se encontraría siempre ante la disyuntiva de no perfeccionar el negocio jurídico por temor de que la urgencia invocada por la Administración no resulte valedera; o estaría obligado a auditar los procedimientos administrativos internos o actuaciones preparatorias[26], al efecto de comprobar dichos extremos[27].

Frente a ello, parecería poco saludable que, a raíz de dicho temor, no puedan plasmarse o ejecutarse aquellas actividades que, con fundamento en el interés público,

---

[22] CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 55.

[23] Lo cual le otorga un acceso indudable a toda la información referida al rubro en el cual opera y le impone actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos e intereses (C.S.J.N., "J.J. Chediak S.A.", Fallos 319:1681, 1996).

[24] Aún en aquellos casos que su invocación sea utilizada para encubrir la negligencia de la imprevisión administrativa.

[25] HUICI, Héctor, "Ingeniería Omega: una doctrina no siempre generalizable", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Corte Suprema de Justicia de la Nación - Máximos Precedentes - Derecho Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 859.

[26] DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 93.

[27] Recordemos que, en el marco del contrato de obra pública, la Ley N° 13.064 establece -en su artículo 4- la responsabilidad de la Administración en lo concerniente a la elaboración del proyecto de obra cuya confección y aprobación tiene a su cargo (DE LA RIVA, Ignacio María, *Lo público y lo privado en el Derecho de las Infraestructuras*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 103).

requirió el Estado de modo inminente al efecto de dar satisfacción a derechos fundamentales de la comunidad.

No sería por consiguiente incorrecto presumir un supuesto por el cual un particular -ante la disyuntiva enunciada- decida consolidar la contratación, cumplimentando *a posteriori* con las prestaciones solicitadas, en el modo y tiempo acordados, obrando de buena fe en todo momento (incluso antes de la celebración del convenio) y que luego, ante una falta de pago por parte del Estado y posterior demanda alegando un incumplimiento estatal, el juez interviniente, acogiendo o no las defensas articuladas por la demandada, declare la "*inexistencia*" del contrato administrativo, sin siquiera reconocerle al actor la figura del enriquecimiento por haber éste limitado su pretensión procesal al pago por incumplimiento de contrato.

Debemos enfatizar que, conforme a la doctrina imperante, es menester que el particular invoque, de modo subsidiario y en su primera presentación procesal en instancia judicial, la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa[28].

Ahora bien, a partir de lo argumentado, podría resultar riesgoso el planteo subsidiario de la acción con base en el enriquecimiento sin causa, ya que el contratista -por más que haya obrado en todo momento de buena fe- estaría de algún modo admitiendo que conoció el vicio del acto que lo vinculó con la Administración, y por lo tanto podría ver frustrada su pretensión de indemnización por incumplimiento contractual[29].

Tales desasosiegos motivan el presente intento de profundizar: (i) si el elemento "forma" del contrato administrativo constituye verdaderamente, más que un requerimiento de validez contractual, un requisito de existencia del acuerdo, y (ii) si la serie de reglas y principios que proyectan la teoría de la inexistencia contractual -en razón del criterio sostenido por la Corte federal argentina- permiten admitir que dicha teoría opere a modo de regla general, pero admitiendo excepciones puntuales. Estos interrogantes permitirán entrever más de una solución que admita remozar debates inconclusos.

Consignamos que el precitado intento se realiza considerando la posibilidad excepcional de que se aplique *ex officio* la figura del enriquecimiento sin causa, en la medida en que -de las propias constancias de las actuaciones- se comprueben ciertos elementos precisos, a modo de presupuestos insoslayables, los cuales intentaremos analizar en los capítulos venideros.

A fin de gestar una construcción argumentativa que sustente la procedencia de tal premisa (complementaria del criterio sostenido por la jurisprudencia imperante),

---

[28] C.S.J.N., "Ingeniería Omega S.A.", Fallos 323:3924 (2000).

[29] MONTI, Laura, *Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nº 361, Buenos Aires, 2009, p. 157.

procuramos identificar los diversos elementos que posibilitarían su aplicación, así también como las diversas variables que podrían darse no sólo en el marco del procedimiento administrativo, sino principalmente en el posterior proceso judicial.

II.- LA HIPÓTESIS ESCOGIDA

A modo de hipótesis de trabajo, concebimos que, bajo determinados recaudos, resulta factible -a modo de excepción- la aplicación oficiosa de la teoría del enriquecimiento sin causa por parte del juez interviniente, en el ejercicio de su prudente arbitrio, en aquellas causas judiciales que se susciten por contratos administrativos celebrados ilegítimamente al haberse omitido los lineamientos preestablecidos normativamente.

Como consecuencia de ello, se posibilitaría que, ante determinados casos, frente a la materialización de prestaciones por particulares en favor del Estado, bajo el ropaje de acuerdo, aún sin respetarse las disposiciones legales vigentes vinculadas al principio de seleccionabilidad[30], aquellas prestaciones puedan ser reembolsadas, mediante una orden particular del Tribunal interviniente, en la medida que se evidencie objetivamente un desplazamiento patrimonial en beneficio del interés público.

Por lo tanto, se intentará dilucidar si la premisa sustentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en la materia puede ser excepcionalmente modificada, o -mejor- relativizada o atenuada, a tenor de la ineludible concurrencia de determinados recaudos concretos, que se identificaran a lo largo del presente análisis.

No planteamos, entonces, la neutralización del criterio jurisprudencial imperante, sino tan sólo complementarlo, preservando tal razonamiento a modo de regla general, pero admitiendo determinadas excepciones puntuales en la medida que se acredite, además de las exigencias propias del enriquecimiento sin causa, una serie de supuestos concretos, tales como: (i) la concretización de determinados trabajos (sea entrega de bienes, realización de tareas, prestación de servicios, etc.); (ii) no se demuestre la mala fe del particular, o -en otras palabras- que no se acredite que el empobrecido conocía y participó en la generación de los vicios del acuerdo; (iii) una verosimilitud de legitimidad en la contratación a los ojos del particular (especialmente en materia de urgencia); (iv) el ejercicio de ciertas prerrogativas estatales contractuales; (v) la recepción de los trabajos por parte del Estado y posteriores omisiones (entre ellas, la falta de pago de los encargos); (vi) demostrada utilidad de tales trabajos para un sector de la comunidad (con especial vinculación a derechos fundamentales); y (vii) la interposición de un reclamo administrativo previo por parte del particular por omisión

[30] COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 786.

estatal y la configuración del silencio administrativo que motiva la interposición de posterior acción judicial.

III.- PLAN DE LA EXPOSICIÓN

Resulta imprescindible delimitar los objetivos del presente trabajo, por lo que intentaremos formular modestamente algunas reflexiones críticas, reconociendo -desde ya- que muchas de las enunciaciones que hagamos no serán compartidas por el lector, por lo que procuraremos no sólo justificar nuestro punto de vista, sino también adelantarnos y exteriorizar muchos de los argumentos que podrían incluso refutar nuestra propia hipótesis, con la idea de intentar rebatirlos.

Asimismo, pretender un arribo a la faz práctica de la temática sin repasar antes su caracterización, complejidades y las múltiples facetas que porta, implicaría la elaboración de una construcción endeble de nuestra tesis, por lo que una vez evacuadas tales cuestiones teóricas, procuraremos demostrar que: (a) el sistema normativo federal argentino (al igual que muchos sistemas provinciales) sólo permite declarar la nulidad contractual frente a un vicio o ausencia de los elementos reglados del contrato administrativo; (b) la teoría de la inexistencia contractual resulta -por carecer de apoyo normativo- una creación pretoriana *contra legem* dispuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina; que (c) de aplicarse inflexible y rigurosamente podría vulnerar principios elementales de justicia; y -en consecuencia- (d) en casos muy puntuales, la aplicación oficiosa de la figura del enriquecimiento sin causa no quebranta el principio procesal de congruencia ni el derecho constitucional de defensa en juicio.

Estrictas razones metodológicas exigen comenzar el trabajo con acápites iniciales que describan brevemente al régimen administrativo contractual federal argentino y caractericen a la figura del enriquecimiento injusto, procurando develar cuestiones terminológicas y de origen histórico, para así trazar sus consideraciones generales, su injerencia en el Derecho Administrativo, y sus facetas más relevantes. Para ello será necesario exponer las bases y pilares jurídicos que afirman y sostienen su construcción.

En este orden de ideas, resultará imperioso evaluar, analizar y -por qué no- hasta confrontar la normativa federal imperante en materia contractual, junto con la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, al efecto de inquirir la pertinencia -o incluso la deficiencia- de la hipótesis esbozada.

Remarcamos, como dato relevante, a fin de perfilar el enfoque que deberá presidir la lectura del presente trabajo, la necesidad de examinar las distintas aristas que presenta el tema aludido, bajo una concepción tanto jurídica como axiológica o teleológica, atento al marco ético en el que deben desenvolverse las contrataciones administrativas -como cualquier otra actividad de la función pública- destinadas a la

consecución del bien común[31], dado que *"[e]l Estado existe debido a que le es preciso satisfacer, en la mejor forma posible, las necesidades del grupo social que lo integra. Para este cometido, no se puede concebir su poder de acción como ilimitado, pues debe encarrilarse en un camino ético, es decir, debe reconocer un orden de valores"*[32].

A tales fines hemos dividido el trabajo en tres grandes ejes. El primero de ellos se aboca a un estudio general de la contratación administrativa, esbozando sus rasgos constitutivos, las prerrogativas estatales contractuales y sus correlativas garantías particulares, y el régimen de invalidez, brindando aproximaciones con relación a las ideas de nulidad e inexistencia.

Un segundo eje vinculado a las consideraciones esenciales de la figura del enriquecimiento injusto, su caracterización, naturaleza jurídica y evolución, con especial énfasis en su aplicación en el ámbito del Derecho Administrativo y el tratamiento que le ha brindado la Corte Suprema argentina en vinculación con la contratación administrativa.

En último lugar, un tercer eje que procura justificar una eventual aplicación oficiosa de la teoría del enriquecimiento injusto, analizando determinados presupuestos de procedencia, la tramitación en sede administrativa y un eventual escenario judicial, encuadrando -a modo de excepción- ciertos supuestos que permitan demostrar la viabilidad de nuestra tesis, sin echar por tierra el criterio del Alto Tribunal federal argentino, pero armonizándolo al efecto de erradicar eventuales situaciones injustas.

A tales fines, se procurará examinar el núcleo de cada eje mediante normas y sentencias de diversos sistemas jurídicos de Iberoamérica.

IV.- OBJETIVOS

Aspiramos a que la presente obra constituya un esfuerzo documentado a modo de aporte para los tiempos venideros, especialmente en materia de contratación estatal, con el afán de plantear nuevas alternativas vinculadas al control judicial de la Administración Pública.

De la misma forma, reiteramos nuestro anhelo de no formular precisiones jurídicas carentes de toda virtualidad práctica. Justamente, proyectamos tecnificar -aunque sea a modo de excepción de una regla general- posibles soluciones frente a temas complejos por antonomasia y de dificultoso tratamiento: la interdicción del enriquecimiento sin causa, la contratación administrativa, la buena fe y la teoría de la inexistencia contractual, entre otros.

Sabido es que los estudios son elogiables, más que por las conclusiones de su autor, por reunir *"una completa información, la sólida fundamentación de sus tesis, la*

[31] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 36.
[32] CAPUTI, María Claudia, *La ética pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 1.

buena sistematización de las materias, las completas referencias bibliográficas y la amplia jurisprudencia"[33], por lo que nos hemos preocupado por conformar una investigación útil y aproximada al ideal perseguido en esta clase de trabajos, recabando información tanto doctrinal como jurisprudencial de diversos sistemas jurídicos, especialmente de Colombia y España, dado que la experiencia judicial de estos dos últimos países iberoamericanos admiten la solución que -humildemente entendemos- debería aplicarse en la Argentina.

Si bien adaptar los esquemas jurídicos existentes a las realidades experimentadas en otros sistemas no siempre resuelve los problemas de fondo, es cierto que tal ejercicio implica conformar y adoptar novedosas herramientas al instrumental con que se cuenta, modulando incluso -aunque sea de modo parcial- criterios sostenidos anteriormente, sin caer en extremismos inútiles ni propender a movimientos pendulares estériles.

Es, por tanto, evidente que concebimos el presente trabajo como una mera propuesta, que actúe a modo de puente hacia una posible revisión de criterios, caracterizándose, más que por su pretensión hermenéutica o sistemática, por su finalidad de participar en la consolidación de razonamientos teórico-prácticos que incidan para que las concretas relaciones jurídicas se aproximen cada vez más al ideal de justicia[34].

Esta obra pretende aportar algo en tal sentido.

Sin perjuicio de posibles ampliaciones futuras, se hace entrega de la misma a la consideración de la mesa examinadora, anhelando que se encuentre a la altura de lo requerido por el Tribunal Evaluador para acceder al título de Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano.

[33] BOQUERA OLIVER, José María, prólogo a *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, de SEVILLA MERINO, Ignacio, Civitas, Madrid, 1992, p. 20.

[34] La cual se configura como *"un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común, la comunidad"* (FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 191).

PRIMERA PARTE:

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I

BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

I.- RASGOS GENERALES

I.1. Apreciaciones preliminares

Estrictas razones de claridad expositiva motivan iniciar este acápite analizando la figura del contrato administrativo, para luego -en un orden lógico- considerar en los capítulos venideros todos aquellos aspectos que efectivamente atañen a la hipótesis formulada.

Tal como se adelantó en la introducción de este trabajo, no pretendemos un estudio exhaustivo de la figura contractual, sino tan sólo el encuadre específico que nos permitirá luego adentrarnos menudamente en el carril propio de esta investigación. La idea es abordar -a grandes rasgos- la noción de esta categoría jurídica, ponderando -por el sometimiento positivo del Estado (*lato sensu*) a la juridicidad[35]- el régimen aplicable

[35] En la presente obra entendemos al principio de juridicidad como sinónimo de los principios de legalidad o legitimidad, sin perjuicio de que esta última alusión comprenda tanto a la legalidad positiva como a los principios de razonabilidad o justicia, en conjunción con los principios generales del Derecho (CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, Le Ley, Buenos Aires, 2009, p. 86). Ello, en la medida que el Estado se encuentra positivamente sometido al ordenamiento jurídico, configurando dicho principio de juridicidad su ámbito de actuación, definiendo o estableciendo sus límites (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 449), pero también actuando como un encargo, deber o mandato exigible por los particulares (GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 78; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 18). Bajo este enfoque, queda claro que este principio, genéricamente concebido, abarca no sólo a la ley formal, sino al ordenamiento jurídico en su conjunto (comenzando por la Constitución y los tratados internacionales con jerarquía constitucional), junto con los valores y principios que dimanan del propio Estado de Derecho (COVIELLO, Pedro, "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública*, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 89). Incluyendo -de este modo- a los precedentes administrativos (P.T.N, Dictámenes 245:280; 245:422 [*"[e]l principio de juridicidad que requiere la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico exige el respeto de los precedentes administrativos en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad"*]; 248:364; COMADIRA, Julio Rodolfo y MONTI, Laura, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, ob. cit., ps. 51 - 52). Es preciso recordar, a este respecto, que el mentado principio resulta *"esencial, y postula como tal el sometimiento del Estado moderno no sólo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico -entendido esto como una realidad dinámica"* (C.S.J.N., "Sesto de Leiva", Fallos 312:1686, 1989). Esta afirmación nuclea a los principios generales del Derecho, que sintetizan los elementos esenciales o nucleares de nuestra cultura jurídica y en cuya definición tienen un

en el Derecho argentino[36], como así también el estado actual de la jurisprudencia de su Corte Suprema. Estas connotaciones resultarán de suma utilidad al momento de encarar el planteo de nuestra tesis.

La figura *nova et vetera* de la contratación administrativa[37], como muchas de las categorías sustantivas del Derecho Administrativo[38], además de incitar constantemente

---

papel activo tanto la doctrina jurídica, como -fundamentalmente- la jurisprudencia (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 89), permitiendo comprender al Derecho en su máxima expresión, con amplitud de fuentes normativas (SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 22).

[36] Limitaremos nuestro estudio al régimen general de la contratación administrativa federal argentina (especialmente a la luz de los postulados del Decreto delegado N° 1023/01). Por lo tanto, no haremos alusión a los extremos de la Ley argentina N° 27.328, cuyo artículo 2 establece que *"[l]os contratos de participación público-privada constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el decreto 1023/2001 y sus modificatorias"*, mientras que su artículo 31 estipula que *"[a] las contrataciones sujetas a la presente ley no les serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica: a) Las leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias; b) El decreto 1.023/2001 sus modificatorias y su reglamentación; c) El artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación; d) Los artículos 7° y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias"*.

[37] Si bien distintas alusiones terminológicas se han efectuado a lo largo del tiempo, la noción de *contrato administrativo* ha sido la denominación típica del Derecho francés y que ha utilizado su Consejo de Estado, más precisamente a partir del caso *"Société Brossette et fils"* del 30 de enero de 1931. Empero, en la actualidad, el sistema normativo galo alude al vocablo *marchés publics* (a tenor de los extremos del *Code des marchés publics* aprobado mediante el decreto Nº 2006-975 de agosto de 2006 y modificado mediante los decretos N° 2016-360 y N° 2016-361 de marzo de 2016, en conjunción con la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo). Por su parte, en el Derecho español, la Ley N° 9/2017 hace referencia a la expresión *contratos del sector público*. También se utilizan las locuciones de *öffentlinche Aufträge* en Alemania, o *public procurement* en el Reino Unido. Ahora bien, en el sistema federal argentino, al establecerse normativamente que toda contratación de la Administración Pública Nacional se presumirá de índole *administrativa* (salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de Derecho Privado), es posible aludir al término de *contrato administrativo*, a partir de la emisión del Decreto delegado N° 1023/01. Claro está que se trata de una presunción *iuris tantum*, dado que si de los extremos de la propia contratación o de sus antecedentes surgiera la aplicación de normas de Derecho Privado, aquella presunción caería y el contrato se regirá por este último (CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo II, ob. cit., p. 1265). En este orden de ideas, sostenemos que -en el Derecho argentino- las nociones de *contratos públicos* o *contratos estatales* resultan figuras jurídicas de mayor amplitud conceptual (que operan a modo de género) que la propia de los *contratos administrativos* (como especie), dado que -en realidad- los primeros además de comprender a estos últimos, engloban a aquellos acuerdos que celebra el Estado con un fin netamente privado, sin exhibir reglas comunes en el campo de la ejecución y finalización contractual, excepto en lo concerniente al régimen de selección, o zona común de la contratación administrativa (CASSAGNE, Juan Carlos, "La contratación pública", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 10 - 11); o bien los que se conciertan en el plano público internacional. Bajo este enfoque, vale precisar que el conjunto de matices que presenta el vasto campo de la contratación pública impide elaborar una teoría unitaria que abarque, con principios comunes, todo el universo contractual regido por el Derecho Público, tanto en el ámbito interno del Estado, del cual se ocupa el Derecho Administrativo en forma prevaleciente (y sobre el que trata el presente trabajo) como en el plano internacional, donde confluyen diversos derechos y ordenamientos externos, cuya aplicación generalizada dependerá del grado de imperio normativo y de la jurisdicción internacional sobre el respectivo contrato

al debate, ostenta ciertas particularidades propias que la distinguen de otros tipos de acuerdos o conmutaciones voluntarias, dotándole de cierta autonomía científica. Es más, producto de su caracterización especialísima, es posible advertir claras distinciones con otras instituciones dentro de esta rama peculiar del mundo jurídico.

Es cierto que todo "contrato"[39], genéricamente considerado, conlleva -como substancia- un acuerdo de voluntades, destinado a producir efectos jurídicos entre partes, quienes convienen en estabilizar intereses (generalmente contrapuestos) y distribuir determinados riesgos (preponderantemente económicos), al promover el intercambio de prestaciones obligacionales.

Resulta una verdad de Perogrullo manifestar que, a los fines de dar satisfacción a las necesidades colectivas y bajo pautas jurídicas previamente establecidas, el Estado -en ejercicio de función materialmente administrativa- realiza a diario innumerables actividades, ya sea de modo directo (mediante los órganos y/o entes que componen los cuadros estatales), o indirecto (requiriendo de la colaboración voluntaria[40] de ciertos actores externos a su estructura, generalmente privados), para desarrollar determinadas tareas o actividades, en razón de las necesidades públicas, concretas y singulares que se pretenden satisfacer.

En el marco de este segundo supuesto, se selecciona -entre las figuras normativas previstas- aquella que resulte más conveniente en cada caso particular, de acuerdo a la naturaleza de la prestación requerida (sea un servicio, obra, suministro, etc.), los fondos y tiempo disponibles; y la relación puntual entre una necesidad pública específica con el resto de las demandas sociales que han de ser atendidas[41].

Justamente, una de las particularidades de la contratación administrativa es su intrínseca y directa vinculación con el interés público comprometido[42]; sumado a que la parte requirente necesariamente debe ser un ente público estatal[43], titular de un cúmulo

---

(CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 5. En idéntico sentido, MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 20).

[38] MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, Iustel, Madrid, 2008, p. 13; *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, p. 31.

[39] El Código Civil y Comercial argentino define -en su artículo 957- al *contrato* como aquél *"acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales"*. Sostenemos que dicha concepción, genéricamente considerada, puede ser trasladable sin mayores inconvenientes al plano iusadministrativo, sin perjuicio de las precisiones específicas que se detallarán seguidamente.

[40] MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 19.

[41] GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado*, REDA Nº 107, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 903.

[42] El cual no es privativo del Estado ni sólo a él concierne (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "La contratación del sector público como política pública", en PERNAS GARCÍA, Juan José (director), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 31).

[43] C.S.J.N., "Pluspetrol Energy S.A.", Fallos 330:2286 (2007).

de facultades especiales en materia contractual -preestablecidas por el ordenamiento jurídico- denominadas o conocidas como *potestades* o *prerrogativas*[44], habilitando así la generación, realización y/o perfeccionamiento de acuerdos sumamente peculiares con los agentes del mundo privado, titulares de determinadas garantías contractuales[45], en razón de las técnicas propias y efectos jurídicos que se promueven, ostensiblemente diferentes de cualquier acuerdo común.

Adelantamos que el contenido de este tipo de contratos públicos no podría consistir jamás en actividades indelegables del propio Estado, como serían -a modo ejemplificativo- las de reglamentar las leyes, expedir decisiones administrativas, o cumplir las funciones típicas de la relación orgánica, entre otros. Como tampoco podría referirse a fines exclusivamente privados y comerciales que se desentendieran del interés general[46], ya que este último justamente opera como fin propio de toda actividad materialmente administrativa.

Más allá de lo expuesto, amén de las polémicas doctrinarias que se han ventilado en nuestra disciplina a lo largo del tiempo, con relación a la posibilidad de englobar

[44] En la presente obra también haremos alusión a los términos *prerrogativa* o *potestad* como sinónimos, en vinculación al ejercicio de la función materialmente administrativa de un ente u órgano público estatal, más allá de que pueda precisarse que toda *prerrogativ*a supone, en definitiva, una *potestad* (en sentido estricto), pero ello no siempre sucede al revés, habida cuenta de la existencia de *potestades* regidas por el Derecho Privado (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 514). Independientemente de que puede asimilarse al género *potestad* como *"un poder de actuación que, ejerciéndose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones jurídicas que obliguen a otros sujetos"* (GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1987, p. 358), también es cierto que el término *prerrogativa estatal* puede entenderse en dos sentidos diferentes, ya sea como equivalente a *potestad administrativa*, o bien como una facultad que traduce el ejercicio de dicha *potestad administrativa*, limitando su alcance y efectos (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 396). Esta última interpretación se adecua a lo prescripto por el actual régimen de contrataciones de la Administración Nacional argentina, al establecer prerrogativas estatales contractuales en su artículo 12 (independientemente de lo normado en determinadas legislaciones especiales). Por otra parte, vale destacar que calificada doctrina argentina señala que la declaración del único origen constitucional o legal de las potestades de las instituciones republicanas obra en el artículo 75 inciso 32 de la Constitución (GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 54).

[45] Como mecanismo de protección del objetivo económico del contratista particular, que opera como límite y contrapeso de las mencionadas prerrogativas contractuales (GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 97), y también de eventuales distorsiones económicas extraordinarias, que -por lo general- no tienen parangón en el Derecho Privado, promoviendo el mantenimiento de la ecuación económico-financiera del acuerdo celebrado a favor de los contratistas particulares (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 459), en protección del justo reparto proporcional de las cargas y ventajas constitutivas del bien común (BARRA, Rodolfo Carlos, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Tomo I, ob. cit., p. 230), en la medida que -bajo una estricta vinculación al principio de juridicidad (principalmente a la luz de las normas especiales que regulen al contrato en particular, o -en su defecto- de la documentación contractual la delimitación de su alcance, especialmente a partir de los Pliegos de Bases y Condiciones aplicables)- se promueve el principio de la intangibilidad de la remuneración pactada.

[46] GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 357.

completamente la noción de contrato administrativo dentro de una misma categoría, única y sustantiva, procuraremos formular en este trabajo una noción general de la figura, describiendo al régimen administrativo contractual federal argentino; es decir, las diferentes prerrogativas que reflejan el *imperium* estatal que ostenta la Administración en materia contractual, así como también aquellas garantías que cuentan los particulares contratantes, cuyo equilibrio -en aras a proteger el sinalagma contractual- configura la base fundamental del sistema administrativo[47].

Aunque la cuestión actualmente se encuentre legislativamente resuelta a nivel federal en la Argentina[48], debemos señalar que la admisión de la figura del *contrato administrativo* como categoría jurídica sustantiva en el Derecho Público fue el corolario de arduos aportes doctrinarios, los cuales procuraron diferenciar tales acuerdos de los propios del Derecho Privado, dotándoles de autonomía teórica dentro de nuestra disciplina específica.

Si bien escapa, desde luego, a las posibilidades y propósitos de este trabajo pretender hacer un profuso análisis de los circunloquios por los que discurrieron tales discusiones doctrinarias, procuraremos menudamente manifestar que se desarrollaron en las últimas décadas diversos debates científicos bajo el interrogante de la utilidad de una teoría general del contrato administrativo. Debemos hacer referencia, entonces, a la brillante y enriquecedora polémica sostenida a fines de los años 90 entre los profesores Héctor Aquiles Mairal[49]y Juan Carlos Cassagne[50], sumado a los agudos comentarios de

---

[47] CASSAGNE, Juan Carlos, "Las prerrogativas de poder público en los contratos administrativos", en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, SANZ RUBIALES, Iñigo y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (directores), *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Cameron May y la Junta de Castilla y León, Londres, 2008, p. 50.

[48] Al igual en otros regímenes foráneos (como el español, francés, uruguayo, entre otros).

[49] MAIRAL, Héctor Aquiles, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, *El Derecho*, Tomo 179, Buenos Aires, 1998, p. 655; *El aporte de la crítica a la evolución del Derecho Administrativo*, *El Derecho*, Tomo 180, Buenos Aires, 1998, p. 849. El razonamiento de Mairal parte desde un análisis del origen de las fuentes del Derecho Administrativo argentino. Concibe que *"los administrativistas argentinos hemos logrado imponer nuestro sueño a la realidad. Hemos soñado un derecho administrativo hecho a la imagen y semejanza del francés y, gradualmente, como profesores, como autores y como legisladores, lo hemos convertido en realidad a despacho de su incongruencia con nuestro sistema constitucional. Enseñamos a nuestros alumnos que "los encabezamientos de los capítulos del derecho administrativo se encuentran en el derecho constitucional", pero no extraemos de esta advertencia -tomada precisamente del derecho francés- la conclusión obvia de la necesidad de homogeneidad de ambas disciplinas. Ha habido voces que advirtieron contra esta curiosa yuxtaposición, pero el grueso de la doctrina administrativista continuó sentando sus bases en el derecho continental europeo y, paulatinamente, la legislación fue incorporando sus teorías. El derecho público argentino ha terminado, así, por parecerse al dios Jano: su vertiente constitucional se orienta hacia el sistema norteamericano; su vertiente administrativista, hacia los regímenes del continente europeo"* (MAIRAL, Héctor Aquiles, *Control Judicial de la Administración Pública*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1984, nota 6, Prólogo, p. 7). Entonces, como puede bien deducirse, el citado autor instruye su lógica considerando que la diferencia de fuentes aludida provocaría una crisis interna en el sistema administrativo argentino, y -consecuentemente- en sus categorías o figuras (incluyendo, así, al contrato administrativo). Máxime, si nos detenemos a considerar que nuestra

disciplina ha sido descripta por Fritz Werner como *"Derecho Constitucional "desarrollado" y, en tal sentido, concretizado"* (PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 25). Ahora bien, lo interesante del planteo de Mairal es que forja su negativa a una teoría general del contrato administrativo bajo una determinada concepción del Derecho Administrativo, y no por una mera cuestión de régimen jurídico positivo. De este modo, funda su posición alegando que una teoría general con alcance sustantivo -como podrá tomarse de la experiencia francesa- pese a ser útil, resultaría peligrosa, pues si se reconoce la existencia y la validez de cláusulas exorbitantes implícitas se deslindaría una supuesta imprecisión, incidiendo en el alcance de la categoría contractual, tornándola difusa y permitiendo subsumir dentro de ella prácticamente a cualquier contrato que celebre el Estado. Allí es donde hunde el puñal de su crítica. Asimismo, refiere a la indeterminación de las consecuencias o efectos de tales contratos, en la medida que se impediría predecir las reglas que resultarían de tal subsunción. Y, en caso contrario, si bien perdería peligrosidad, carecería de efectos sustantivos y se volvería en gran medida inútil insistir en esta caracterización. En términos clínicos -como describe Bianchi- Mairal plantea la conveniencia de extirpar del contrato administrativo el cáncer que promoverían las cláusulas exorbitantes implícitas, pero al mismo tiempo sostiene que la vida de este organismo sin ellas carecería de toda virtualidad (BIANCHI, Alberto, *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos) – Primera Parte*, El Derecho, Tomo 184, Buenos Aires, 1999, p. 900). En último lugar, Mairal expresa que la teoría del contrato administrativo no hace más que generalizar las reglas de la concesión de servicios públicos y del contrato de obra pública a todos los contratos que el Estado celebra. Sobre este respecto parecería que dicho autor admite la posibilidad de aplicar ciertas prerrogativas de poder público, pero es *"extremadamente cuidadoso en los alcances de cada acto de tolerancia hacia ellas"* (BIANCHI, Alberto, *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos) – Primera Parte*, ob. cit.).

[50] CASSAGNE, Juan Carlos, *Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo*, El Derecho, Tomo 180, Buenos Aires, 1998, p. 773; *La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)*, El Derecho, Tomo 181, Buenos Aires, 1999, p. 942. Como contraposición a la postura de Mairal, encontramos -a modo de réplica- el análisis del profesor Cassagne, quien, enfatizando la existencia y promoción de prerrogativas públicas desde el propio régimen jurídico, concibe a la figura del contrato administrativo como una especie de vector del acto administrativo que no escapa a la unilateralidad de la acción, tanto en su formación como en su ejecución, por lo que descarta que la producción de efectos implícitos exorbitantes sean derivados de pacto o contrato alguno, ni que los pactos sean fuente de prerrogativas de poder público (sin perjuicio de que se celebren contratos que tengan por objetos actos y potestades administrativas). Así, expone que los contratos administrativos mantienen una singularidad propia, y que el intento de suprimir tal categoría jurídica constituye un esfuerzo ciertamente infructuoso. A su vez, manifiesta que en el campo del Derecho Administrativo, además de la conjugación de principios institucionales y aquellos que derivan del bloque de constitucionalidad, coexisten axiomas que no superan ni son susceptibles de refutarse a través de razonamientos meramente dialécticos o retóricos, a saber: (i) la proyección al plano contractual de una serie de principios institucionales de Derecho Público que fundamentan, en ese ámbito, la distinción con el Derecho Privado; (ii) la existencia de una configuración típica y propia de los actos, contratos y demás instituciones del Derecho Administrativo, que se aparta de las correlativas categorías del Derecho Civil, siendo fuente autónoma para la creación y desarrollo de principios institucionales; y -finalmente-, a modo de consecuencia de las dos proposiciones anteriores, (iii) la instauración de un régimen administrativo (vinculado, en determinados supuestos, al orden público administrativo), que se nutre con un conjunto de prerrogativas de poder público y de garantías que se integran a través de una serie de principios institucionales elaborados por la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo, ante la impronta de *common law* que pregona Mairal, el profesor Cassagne sostiene -citando a Langrod- que *"[h]a sido en Francia, a través del "régime administratif" más que en los países anglosajones, donde se han encontrado los medios de proteger a aquellos individuos que contratan con el Estado"*, promoviendo que el régimen administrativo constituye un orden jurídico general que incluye prerrogativas y garantías.

los profesores Gordillo[51], Berçaitz[52], Barra[53], Bianchi[54] y Pérez Hualde[55], entre otros; que trascendieron en el ámbito académico, de modo similar a las exposiciones contrapuestas formuladas por los catedráticos españoles García de Enterría y Fernández[56], por un lado, y el profesor Ariño Ortiz[57], por el otro.

En razón de ello, Cassagne concluye -pese al reconocimiento que le ha dado el Alto Tribunal federal- en que no existen las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas (CASSAGNE, Juan Carlos, "La contratación pública", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo I, ob. cit., p. 24), sino tan sólo las prerrogativas de poder público que posee la Administración derivadas del ordenamiento general constitutivo del régimen exorbitante.

[51] GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I, ob. cit., p. XI-18 y ss. Señalando que entre los contratos que celebra la Administración existen *"gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público"*.

[52] BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 5.

[53] BARRA, Rodolfo Carlos, *La sustantividad del contrato administrativo*, El Derecho, Tomo 182, Buenos Aires, 1999, p. 1029.

[54] BIANCHI, Alberto, *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos) – Primera Parte*, ob. cit., p. 900.

[55] Quien manifiesta sus diferencias con la denominada "teoría del contrato", al cuestionar la exorbitancia de las cláusulas contractuales, en tanto manifiesta que *"en modo alguno pueden alcanzar un contenido que sea inválido o inadmisible en el derecho común de los contratos en general"*, enfatizando que *"las denominadas "prerrogativas" en general son cláusulas que se encuentran también en el Código Civil y Comercial"* (PEREZ HUALDE, Alejandro, *Concesión de servicios públicos*, Astrea, Buenos Aires, 2017, ps. 62 y 63).

[56] Sostienen que los contratos de la Administración poseen una naturaleza de tinte civil, por lo que se limitan a plantear la aplicación de ciertas modulaciones de los primeros, como consecuencia de la peculiaridad de su sujeto. No niegan la existencia de las prerrogativas, pero sostienen que pueden explicarse desde el propio Derecho Civil para contratos en masa o, en todo caso, haciendo alusión a que el poder público no deviene del contrato, sino de la posición jurídica general de la Administración, la cual perciben que es en sí misma extracontractual. Bajo este entendimiento, sitúan la figura que nos ocupa en los campos seculares del Derecho Civil, negando toda sustantividad administrativa, pero admitiendo modulaciones especiales aplicables a la institución contractual. En este orden de ideas, explican que *"aunque exista una distinción entre las instituciones administrativas y las civiles, ello no significa, ni mucho menos, que unas y otras se encuentren en radical oposición. Esta puntualización es importante para salir al paso de quienes por un excesivo afán de garantizar la autonomía e independencia del Derecho Administrativo han pretendido separar dogmáticamente de una manera radical sus instituciones respecto de las de otros Derechos, viniendo a oponer, por ejemplo, la responsabilidad administrativa a la responsabilidad civil y el contrato administrativo al contrato civil, como si unos y otros no tuvieran nada en común y hubieran de regirse por normas o principios absolutamente diferentes. Evidentemente, esto no es así, ya que en el fondo no hay un contrato administrativo distinto al civil. Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo, con objeto de resolver los problemas de sus sujetos, adopta el contrato en cuanto institución lógico-jurídica general, y lo modula o modifica hasta convertirlo en un contrato administrativo. Éste viene así no ya a oponerse al contrato civil, sino a constituirse en una variedad del supraconcepto contrato, del cual sería otra variedad el propio contrato civil"* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 59).

[57] Compartiendo la idea de que corren *"energías y líneas de fuerzas diferentes"* (VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo*. Tomo II, Universidad a Distancia, Artigrafía S.A., Madrid, 1974, p. 348), Ariño bosqueja que *"sólo desde los principios específicos de la contratación administrativa podrán resolverse con acierto muchas de las cuestiones que el contrato administrativo*

Desde nuestra perspectiva, estas discusiones verdaderamente marcaron un cambio de paradigma con relación al estudio de la figura que nos ocupa. En el caso argentino, el debate entre los profesores Mairal y Cassagne fue de tal impacto que trajo como consecuencia -nada menos- que la emisión de una solución normativa[58], regulando un sistema de contrataciones de la Administración Pública Nacional, mediante la sanción del Decreto delegado N° 1023/01[59] (actualmente reglamentado por el Decreto N° 1030/16[60]), reconociendo así la existencia de un verdadero régimen administrativo contractual general a nivel federal[61], conocido como "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional".

Si bien estimamos oportuno exteriorizar nuestra adhesión a la posición de quienes efectivamente sostienen que la contratación administrativa estructura un sistema específico dentro del Derecho Administrativo[62], no podemos desconocer que -a la luz de

---

plantea", alegando que entre los contratos privados y aquellos que celebra la Administración, más que una estructura o esquema formal común (con elementos esenciales similares), se ostentan naturalezas específicas en cada uno, y -por tanto- diferenciadas entre sí. En tales términos, Ariño enfatiza la presencia de un régimen jurídico de efectos disímiles en uno y otro caso, apoyando la sustantividad del contrato administrativo. Así lo expresa en cuanto sostiene que una *"[s]ustantividad que no lo hace irreductible al cuadro contractual tradicional del Derecho Civil sobre cuyo suelo ha crecido, pero sí les da soluciones propias y peculiares a muchos de sus problemas"* (ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *El enigma del contrato administrativo*, Revista de Administración Pública, Nº 172, Madrid, 2007, p. 101). Desde éste vértice, señala la presencia de prerrogativas y de cláusulas exorbitantes, justificando su naturaleza específica y su sometimiento a una jurisdicción especial. Añade que tales prerrogativas, por más que no se encuentren incluidas expresamente en los pactos, existen siempre *ex lege* o *extra contractum* y resultan válidas en el seno de tales contrataciones, a diferencia de lo que sucede en el plano civil. Así, concluye que *"la satisfacción de determinadas necesidades públicas se logrará mediante la técnica contractual y ésta será calificada como administrativa o civil según la importancia política del sector, operación o actividad de que se trate y la especial protección que éstas demanden"* (ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *El enigma del contrato administrativo*, ob. cit., p. 95).

[58] Ello, sin perjuicio de la existencia de normas especiales anteriores. A modo ejemplificativo, señalamos la Ley N° 13.064 (sancionada en el año 1947, con múltiples reformas posteriores), en materia de obra pública, entre muchas otras.

[59] Dictado en ejercicio de las facultades de orden legislativo que le fueron delegadas al Poder Ejecutivo Nacional a través de la Ley N° 25.414 de Emergencia Económica, por lo que tiene rango y jerarquía legal.

[60] Más allá de alguna que otra modificación menor (ej. Decretos N° 641/18 y 963/18).

[61] Ahora bien, la crítica que puede formularse a dicho régimen general radica que la exposición de prerrogativas y garantías se identifica en sólo dos artículos y con una marcada amplitud, sin formular mayores apreciaciones o disquisiciones puntuales al respecto.

[62] Tal como ya expusimos, el sistema del Derecho Administrativo posee -como nota peculiar- una compleja gama de potestades jurídicas que componen el régimen administrativo, o también llamado régimen exorbitante, el cual se determina y modula como un producto histórico que caracteriza al Derecho Administrativo en distintos países. Dicha peculiaridad no agota su contenido, en tanto se integra con instituciones y normas donde las técnicas de actuación estatal no traducen necesariamente prerrogativas de poder público, sino de facultades que amplían el ámbito o la esfera de los derechos de los particulares (CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, ob. cit., p. 96). Ello, sin desatender que la figura del contrato administrativo opera como una categoría jurídica autónoma y sustantiva dentro del Derecho Administrativo, donde las prerrogativas de poder público no son de la esencia del contrato, sino el efecto de la sustancia *ius administrativa* y deben hallarse contempladas en forma expresa por el ordenamiento aplicable (CASSAGNE, Juan Carlos, "La evolución y vigencia actual

la experiencia jurídica iberoamericana- no existe una concepción unitaria y universal acerca de esta categoría peculiar. Ni mucho menos que ella sea extensible de manera idéntica y homogénea a sistemas foráneos.

Empero, consideramos que indudablemente coexisten determinadas reglas integrales o sistémicas que resultan plenamente aplicables y trasladables a toda noción o conglomerado contractual administrativo, independientemente del régimen jurídico aplicable, al evidenciarse ciertos elementos comunes que conforman una especie de base o núcleo irreductible en ciertas relaciones jurídicas subjetivas que vinculan al Estado -en ejercicio de función materialmente administrativa- con determinados particulares, denotando su individualidad y sustantividad[63], con ribetes sumamente interesantes, más allá de las diferencias propias de cada ordenamiento.

En estos términos, podemos catalogar al contrato administrativo como una figura típica del Derecho Público[64], que plantea una especialidad concreta[65], nutrida de singulares principios y reglas jurídicas[66], distinguiéndose de los contratos regidos plenamente por el Derecho Privado (forjados exclusivamente sobre el pilar de la autonomía de la voluntad). Motiva dicha distinción las diferentes formalidades y los distintos contenidos preestablecidos o impuestos normativamente, relativizando así la plena vigencia del principio de la autonomía de la voluntad de partes[67], al encontrarse subordinada a la juridicidad imperativa[68] y al interés general.

Por tales razones, compartimos la idea del denominado régimen exorbitante del Derecho Común[69], conformado por el cúmulo de prerrogativas especiales en materia

---

del contrato administrativo" en HUTCHINSON, Tomás (director), *Contratista del Estado, Procedimientos de selección (segunda parte)*, Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 29).

[63] Sustantividad que, incluso, fue reconocida por la jurisprudencia de la Corte Nacional argentina mucho antes de la polémica Mairal-Cassagne (C.S.J.N., "Y.P.F.", Fallos 315:158, 1992; "Cinplast IAPSA", Fallos 316:212, 1993, tomando los lineamientos del voto del Dr. Fayt en "Dulcamara", Fallos 313:376, 1990).

[64] Tal como admite la jurisprudencia del Alto Tribunal argentino (C.S.J.N., "La Holando Sudamericana S.A.", Fallos 330:2268, 2007; "Intense Life S.A.", Fallos 330:178, 2007; "Punte", Fallos 329:809, 2006; "Aguas Argentinas S.A.", Fallos 328:2004, 2005; "Goldstein", Fallos 327:5991, 2004).

[65] MODERNE, Frank y DEVOLVÉ, Pierre, *Las transformaciones contemporáneas del contrato en el derecho francés*, REDA Nº 7/8, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 291.

[66] CASSAGNE, Juan Carlos, *La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas*, REDA Nº 15/16, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 145.

[67] C.S.J.N., "Espacio", Fallos 316:3157 (1995); "Rincón de los Artistas S.R.L.", Fallos 326:3700 (2003); COVIELLO, Pedro, *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y Derecho comparado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 369.

[68] C.S.J.N., "S.A. Organización Coordinadora Argentina", Fallos 321:174 (1998).

[69] Si bien a esta altura de la evolución de nuestra disciplina parece innecesario explicar el verdadero sentido del calificativo "exorbitante", lo cierto es que tal denominación se mantiene sólo en un sentido convencional que ya no responde a su significado originario (utilizado a partir de cierta jurisprudencia del Consejo de Estado francés, citando, a modo ejemplificativo el caso *"Société d´ exploitation électrique de la rivière du Sant"* del 19 de enero de 1973), el cual obedecía a una situación donde el Derecho

contractual que ostenta la Administración, por un lado, y de las garantías que poseen los contratistas particulares, por el otro; conformando el anverso y reverso de este singular sistema, siempre bajo el prisma del interés público, como piedra angular de esta especial rama del Derecho[70].

Sin perjuicio de lo expuesto, es interesante traer a colación el pensamiento de autores como Barra, al insinuar que esta relación de Derecho Público no se limita a una mera cuestión de exorbitancia, sino de regímenes o sistemas jurídicos diferentes, en la medida que existen ciertos principios específicos y concretos, más allá de su regulación normativa. Como correlato de esta afirmación, esta línea de pensamiento propone la necesidad de interpretar al régimen jurídico aplicable de conformidad con *"las exigencias de la esencia de la relación jurídica"*[71].

Coincidimos con este planteo, en la medida que clarifica -tal como expresa la jurisprudencia del Alto Tribunal español- que:

> *"Esta subordinación de la autonomía de la voluntad a lo normativo que tiene lugar en la contratación administrativa tiene su razón de ser en la necesidad de proteger tanto los intereses de la Administración (...), como los del contratista (normas sobre riesgo y ventura, revisión de precios, etc.). Así pues como regla general las normas sobre el contenido de los contratos administrativos son de derecho necesario y no contractual, a diferencia de lo que ocurre en la contratación civil en que la regla es exactamente la contraria"*[72].

Si bien la naturaleza de todo vínculo contractual responde a un supraconcepto jurídico común[73] (el cual se propaga tanto en las áreas públicas como privadas del

---

Administrativo era una suerte de derecho especial o de excepción (modelado en torno del núcleo de técnicas que se separaron del tronco común del Derecho), por lo que su contenido actualmente se integra -tal como hemos explicado- de la conjunción armónica y equilibrada de determinadas prerrogativas de poder público con las garantías de los particulares. Así, la Corte argentina sostiene que una de las especialidades del Derecho Administrativo reside en la existencia de un *"especial tratamiento que el ordenamiento confiere a la Administración Pública, consecuencia, a su vez, del denominado "régimen exorbitante de derecho privado" que impera en la relación iusadministrativista"* (C.S.J.N., "Serra", Fallos 316:2454, 1993). De este modo, el régimen exorbitante se configura como el sistema propio y típico del Derecho Administrativo, por lo que resulta, quizás, preferible que reciba la denominación de "régimen administrativo" (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 79).

[70] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*, ob. cit., p. 157.

[71] BARRA, Rodolfo Carlos, *La sustantividad del contrato administrativo*, ob. cit., p. 1029.

[72] Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso del 25.07.1989 (S.T.S. 4521/1989).

[73] Conformando una relación sinalagmática constitutiva de obligaciones recíprocas entre partes, que suelen comportar prestaciones de intercambio de bienes o servicios, activos o pasivos, de relevancia patrimonial o económica, como bien consigna el Código Civil y Comercial argentino, en el ya citado artículo 957, o en su artículo 959, el cual establece que *"todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé"*. Sin perjuicio de ello, resulta incontestable afirmar que el régimen jurídico de los contratos administrativos no se coliga indefectiblemente con el propio de los

Derecho[74]), es en la contratación administrativa donde el Estado (*lato sensu*) y el contratista particular se autovinculan en un acuerdo que sobrepasa la mera yuxtaposición de declaraciones[75], promoviendo efectos jurídicos diferentes de los que se originan en el ámbito privado[76].

En efecto, la mera existencia de prerrogativas estatales contractuales[77], lejos de desvirtuar la naturaleza del acuerdo, permite -bajo los límites y con sujeción a los requisitos y efectos consignados por el ordenamiento jurídico- satisfacer el interés público comprometido. Estableciendo -como contraposición- las adecuadas técnicas de garantías para los contratistas particulares, tendentes al mantenimiento del equilibrio económico financiero del vínculo, en la medida que corresponda[78]. Cuestión que -

---

regidos por el Derecho Privado (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 22), independientemente de que ambos responden a la noción genérica de *"acuerdos de voluntades"*. Sobre este punto, Gastón Jèze -en 1950- había sostenido que entre los contratos civiles y los administrativos existe una diferencia de fondo, pues estos últimos contratos cuentan con un régimen jurídico especial y sus efectos no son los mismos que los propios de los acuerdos civiles o comerciales (JÈZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 313).

[74] Ya que la figura contractual no resulta exclusiva de una rama del Derecho en particular, por ser sencillamente una figura jurídica con una única e idéntica identidad lógica (RETORTILLO BAQUER, Sebastián Martín, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones. Dos estudios*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960, p. 74), sin que ello impida concebir 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"* (C.S.J.N., "Yacimientos Petrolíferos Fiscales", Fallos 315:158, 1992).

[75] MEILÁN GIL, José Luis, *Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos*, Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 66, Lima, 2011, p. 238.

[76] BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 365.

[77] Atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, aunque de hecho -por lo general- se relacionen en los extremos delimitados expresamente en los Pliegos de Bases y Condiciones aplicables (COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2007, p. 443) y que no tienen acogimiento en el derecho privado (DE LAUBADÈRE, André, *Manual de Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá, 1984, p. 13). Al respecto, Weil señala que lo que caracteriza al contrato administrativo es precisamente un conjunto original de prerrogativas *"inspiradas todas por la finalidad de la acción administrativa"* (WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 92), pero destacamos que dicha caracterización opera -por lo menos en el sistema argentino- examinando necesariamente el régimen jurídico aplicable, en conjunción armónica y equilibrada con las garantías particulares del contratante privado.

[78] En determinados supuestos, el ejercicio de una prerrogativa estatal puntual (ej. *potestas variandi*), o el acaecimiento de circunstancias ajenas al acuerdo, que excedan del riesgo empresario normal e inciden cierta, directa y especialmente sobre el desarrollo de lo convenido (a causa de un alea administrativa provocada por hechos o actos del propio Estado [*factum principis*], o de un alea económica [*teoría de la imprevisión*], según corresponda), pueden dar lugar sea a una indemnización por la extinción del acuerdo no imputable al particular, o bien al otorgamiento de una compensación que le permita al contratista continuar con la ejecución del acuerdo con la rentabilidad esperada (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 461). Al respecto, la Corte federal mencionó que, en casos puntuales, *"[e]l equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término"* (C.S.J.N., "Bourdieu", Fallos 145:307, 1925; "Gutiérrez", Fallos 158:268, 1930).

eventual y excepcionalmente- podría conllevar a la realización de determinados reajustes, revisiones y/o readecuaciones, de acuerdo a las particularidades de cada caso específico, siempre que tal armonía económica se vea anormal y extraordinariamente quebrantada[79] durante la etapa de ejecución contractual, y el sistema de contratación lo permita, consolidando así una especie de *balancing*, o sistema de pesos y contrapesos en el campo contractual administrativo.

Corresponde formular ahora una observación puntual, pues si bien dedicaremos nuestros esfuerzos al efecto de caracterizar al *contrato administrativo*, no haremos alusión alguna en nuestro estudio a los denominados acuerdos o contratos *interadministrativos*[80], que ostentan otro tipo de características, así como tampoco nos referiremos a los llamados *contratos parcialmente regidos por el Derecho Privado* (o contratos de Derecho Privado de la Administración[81]), o a aquellos contratos celebrados

---

[79] COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 443.

[80] Entendidos como los acuerdos que se celebran entre distintos entes del propio Estado (MONTI, Laura, "Los contratos de la Administración Pública en la jurisprudencia de la CSJN", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014, p. 339), configurando una especie de la relación interadministrativa (CUADROS, Oscar, "El contrato interadministrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 262), donde se concita la presencia de entes administrativos (es decir, sujetos estatales con personalidad jurídica propia) u órganos habilitados a tal fin, ya sean nacionales, provinciales o municipales (BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 149). En este entendimiento, se observa una relación jurídica que se perfecciona entre dos o más sujetos estatales (sean entes u órganos), o sociedades comerciales en cuya administración o capital tenga participación mayoritaria el Estado (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 29), en el marco de un acuerdo contractual, donde se imprime una modulación especial, la cual -si bien se rige por el Derecho Público (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob. cit., p. 612)- se caracteriza por la ausencia de prerrogativas exorbitantes al Derecho Privado (CASSAGNE, Juan Carlos, *La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas*, ob. cit., p. 159), la no sujeción a los rasgos distintivos que conforman el régimen de selección del contrato administrativo, la inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias, y un sistema particular de solución de conflictos, en razón de lo establecido -en el ámbito federal- por la Ley Nº 19.983 (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., ps. 7 y 29).

[81] Integrando el género conocido como *contratos de la Administración Pública* (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p.20). Simplemente nos limitaremos a expresar en el presente trabajo que esta clase de acuerdos no cuenta con una finalidad pública directa e inmediata (CASSAGNE, Juan Carlos, "La evolución y vigencia actual del contrato administrativo" en HUTCHINSON, Tomás (director), *Contratista del Estado, Procedimientos de selección (segunda parte)*, ob. cit., p. 22). Admitidos por la doctrina (BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 145; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 90; CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 13; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Ed. Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1965, p. 435; FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 422; GRECCO, Carlos, "Contrataciones del Estado", en GRECCO, Carlos y MUÑOZ, Guillermo, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 308; GALLI BASUALDO, Martín, "El contrato de Derecho Privado de la Administración", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 364. En contra a esta postura se han expresado calificados autores (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob.

exclusivamente entre particulares, pese a encontrarse fuertemente ligados al interés público, conjugando una *"amalgama de elementos de Derecho Público y de Derecho Privado, en dosis variables según las materias"*[82].

En tales términos, centramos nuestro análisis en los contratos administrativos a la luz de los lineamientos establecidos por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional argentina[83] (independientemente de la existencia de

---

cit., p. XI-14; BARRA, Rodolfo Carlos, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Ábaco, Buenos Aires, 1989, p. 39). Por su parte, estos acuerdos han sido analizados por la jurisprudencia (C.S.J.N. "Deutsch", Fallos 306:1236, 1984; "Zacarías", Fallos 310:464, 1987). En el Derecho Comparado resulta ilustrativo resaltar que -en Francia de 1873- el comisario David, en sus conclusiones sobre el caso *"Blanco"* ante el Tribunal de Conflictos, admitió que el Derecho Privado reencontraría su ámbito de aplicación cuando el Estado no actuase como "poder público", sino como *"persona civil capaz de obligarse contractualmente en término de derecho común"*. Al respecto, el 6 de febrero de 1903, el Consejo de Estado francés, mediante el célebre caso *"Terrier"*, expuso acerca de la necesidad de reservar *"las circunstancias en que la administración debe ser reputada como actuando en las mismas condiciones que un simple particular y sometida tanto a las mismas leyes como a las mismas jurisdicciones"*. Además, el 31 de julio de 1912, mediante el fallo *"Societé des Granits Porphyroïdes des Vosges"*, el Consejo de Estado galo consagró definitivamente la posibilidad de que una colectividad pública concluyese contratos en las condiciones del derecho común (WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 101). Ahora bien, debemos resaltar que confluye inexorablemente una *"zona común"* entre los contratos administrativos y aquellos contratos parcialmente regidos por el Derecho Privado (DE SOLAS RAFECAS, José María, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 231). Al respecto, calificada doctrina española indica que la Administración puede contratar de acuerdo a las previsiones del Derecho Privado cuando no actúa en el ámbito de su "giro o tráfico específico", o bien cuando el objeto del contrato no remite a ejecución de obras, gestión de servicios públicos, etc. Empero, al revestir el carácter de una organización pública, el proceso de formación de la voluntad contractual debe regirse necesariamente por un procedimiento público tasado, por lo que el contrato deberá atravesar una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de inequívoco carácter administrativo y rigurosamente regulados por el Derecho Administrativo (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 62). Sin perjuicio de ello, resta resaltar que los contratos que celebra el Estado parcialmente regidos por el Derecho Privado, en cuanto a su contenido y efectos, carecen de prerrogativas de poder público, salvo expreso acuerdo de partes (CASSAGNE, Juan Carlos, *La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas*, ob. cit., p. 160). Y, en el supuesto caso de que en tales contratos se introduzca una cláusula de tinte exorbitante por voluntad de las partes contratantes, si bien existirá una cierta injerencia parcial del Derecho Administrativo, lo cierto es que su inserción no convierte -de por sí- a todo el contrato celebrado en administrativo (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 31; ENTRENA CUESTA, Rafael, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, Revista de Administración Pública Nº 42, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 64).

[82] WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 123.

[83] Es dable señalar que el artículo 5 de dicha normativa excluye toda regulación referente a los (a) contratos de empleo público; (b) las compras por caja chica; (c) los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos (sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del referido Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumentó que acredite la relación contractual); (d) Los comprendidos en operaciones de crédito público; y (e) los comprendidos para operaciones relacionadas con los activos integrantes de la cartera del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Previsional Argentino. Contratos que se regulan mediante normas específicas. En conjunción con lo expuesto, resta precisar que

legislación específica o regulaciones propias, como el contrato de obra pública, de concesión de obra pública, entre otros).

A los fines de poder esclarecer y determinar si efectivamente nos encontramos ante un verdadero acuerdo administrativo, corresponde desarrollar previamente un ejercicio intelectivo complejo, cotejando los elementos estructurales de la documentación contractual, con especial énfasis en el procedimiento efectuado[84], previo a su perfeccionamiento.

Si bien las caracterizaciones de estas cuestiones serán desarrolladas en los acápites siguientes, adelantamos un breve método que humildemente entendemos que permitiría delinear pautas para justificar la aplicación de un régimen jurídico propio de Derecho Administrativo (y -consecuentemente- la jurisdicción competente en caso de un eventual conflicto[85]). En este sentido, debe indagarse si el acuerdo ha sido celebrado por una persona estatal que actuó en ejercicio de función materialmente administrativa, tras la sustanciación de un procedimiento específico de selección (promoviendo, como regla general, la mayor concurrencia posible de potenciales oferentes[86]), tendente a la reciprocidad de determinadas prestaciones puntuales, con una identificación precisa de los fondos a utilizar, a fin de satisfacer de modo inmediato una clara necesidad de interés público, mediante determinadas cláusulas específicas que surgen de la propia documentación contractual, o bien de remisiones a normas específicas, fijando un marco jurídico con connotaciones claras de Derecho Público[87].

I.2. Definición esbozada a partir de los pronunciamientos del Alto Tribunal federal argentino

Planteamos anteriormente que todo contrato presenta y evidencia un claro sentido económico, exteriorizando la intención concreta de estabilizar ciertos intereses y

---

la reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (decreto reglamentario N° 1030/2016), determina -a su vez- que quedan excluidos de la aplicación de dicho reglamento, además de los mencionados precedentemente, tanto: (a) las compras por el Régimen de Fondos Rotatorios; (b) las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior; (c) los contratos de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias; como los (d) los actos, operaciones y contratos sobre bienes inmuebles que celebre la Agencia de Administración de Bienes del Estado. Todos ellos también se encuentran previstos en disposiciones especiales.

[84] HUTCHINSON, Tomás, "El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato" en HUTCHINSON, Tomás (director), *Contratista del Estado, Procedimientos de selección (primera parte)*, Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 11.

[85] COVIELLO, Pedro, "El criterio determinante del carácter administrativo de los contratos", en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, SANZ RUBIALES, Iñigo y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (directores), *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Cameron Mayltd, Londres, 2008, p. 117.

[86] PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Open, Madrid, 2015, p. 163.

[87] PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 229.

distribuir determinados riesgos con antelación entre las partes intervinientes. El contrato administrativo no resulta exento a dicha caracterización basilar.

Otra de las peculiaridades centrales de esta especie contractual radica en ideas de flexibilidad y de equilibrio entrelazadas al interés público comprometido, cuestión que ha llevado a calificada doctrina[88] a definir al contrato administrativo, sobre la base de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina[89], como aquel *"acuerdo de voluntades[90] generador de situaciones jurídicas subjetivas*[91]*, en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal*[92]*, cuyo objeto está*

[88] COVIELLO, Pedro, "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública*, ob. cit., p. 108.

[89] En una obra colectiva Mairal y Veramendi infieren que la caracterización realizada por el Alto Tribunal federal argentino obedeció a una cuestión práctica, tendente a cerrar la vía prevista por el artículo 117 de la Constitución Nacional, y evitar -de esa manera- que la Corte se convierta en un tribunal ordinario ante el cual se planteen cuestiones contractuales de todas las provincias (MAIRAL, Héctor Aquiles y VERAMENDI, Enrique, "Los contratos del Estado luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación", en PIZARRO, Ramón y BUTELER, Alfonso (directores), *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 292).

[90] C.S.J.N., "Pcia. de Buenos Aires", Fallos: 321:714 (1998); "Estado Mayor General del Ejército", Fallos 325:2935 (2002); "Punte", Fallos 329:809 (2006). Similar al reconocimiento de los contratos de adhesión en el Derecho Privado (COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 414), pues una de las peculiaridades indudables del contrato administrativo es que el contratista particular adhiere a unas condiciones que han sido fijadas previamente por la Administración (GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 62). De hecho, el Supremo Tribunal federal argentino dispuso, en el marco de una licitación pública (concebida normativamente como regla general en materia de procedimientos de selección de contratistas), que *"el procedimiento regla en la manifestación de la voluntad contractual administrativa es la adhesión del cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado. La fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante, en caso contrario, la oferta es inadmisible y debe ser rechazada, y la adjudicación que no respetara tales pautas estaría viciada de ilegitimidad"* (C.S.J.N., "Hotel Internacional Iguazú S.A.", Fallos 308:618, 1986).

[91] C.S.J.N., "Y.P.F.", Fallos 315:158 (1992).

[92] C.S.J.N., "Pluspetrol Energy S.A.", Fallos 330:2286 (2007). Si bien, en una oportunidad anterior, el Cimero Tribunal interpretó que el Estado podía actuar -por delegación de facultades- a través de entidades intermedias, correspondiendo su responsabilidad por *"la forma de financiar la obra, por su destino y por el contralor que ejercería de los bienes, así como por las atribuciones que poseía"* (C.S.J.N., "Schirato", Fallos 304:490, 1982), adaptando una especie de tesis del contrato administrativo por extensión (CASSAGNE, Juan Carlos, "La evolución y vigencia actual del contrato administrativo" en HUTCHINSON, Tomás (director), *Contratista del Estado, Procedimientos de selección (segunda parte)*, *Revista de Derecho Público*, ob. cit. p. 22). Por su parte, Canda acepta la idea de que puedan calificarse como administrativos ciertos contratos celebrados por un ente o una persona no estatal, en la medida que actúe en ejercicio de función administrativa (CANDA, Fabián, "El elemento subjetivo en la contratación administrativa: ¿Necesariamente una de las partes debe ser el Estado?", en *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 65), ampliando la idea de que *"[l]a administración ya no está solamente en la administración"* (WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 73). Pese a tales consideraciones, el Alto Tribunal federal argentino ha sido contundente al sostener el criterio por el cual los contratos celebrados por las personas jurídicas públicas no estatales, personas privadas en ejercicio de funciones públicas y concesionarios de servicios públicos

constituido por un fin público o propio de la Administración[93]*, y contiene cláusulas exorbitantes del Derecho Privado*[94]*"*. Hoy sería prudente añadir una última nota de cierre que exprese *"predispuestas por el sistema jurídico"*[95], siempre bajo la aplicación

no configuran contratos administrativos (C.S.J.N., "Espacio", Fallos 316:3157, 1993; "La Providencia S.A.", Fallos 326:2081, 2003; "Destilería Argentina de Petróleo S.A.", Fallos 326:3135, 2003; "Sebastián Maronese", Fallos 327:5073, 2004, entre otros). Cabe, por último, exponer el razonamiento de Balbín, quien comprende la noción de contrato administrativo como *"todo acuerdo celebrado por el Estado con terceros"*, proponiendo -básicamente- una noción de tinte subjetivo, salvo para aquellos contratos en que el Estado, sin ser parte, nutre de recursos públicos para la realización del acuerdo (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob. cit., ps. 594 y 601), admitiendo variaciones al criterio sostenido por el Cimero Tribunal federal.

[93] C.S.J.N., "Cooperamet", Fallos 263:510 (1965). Consagrando un indicador de índole material, como causa-fin del contrato regido por un régimen jurídico exorbitante (distinguiendo así dicha función de la actividad industrial o comercial del Estado), cuyas notas esenciales son la concreción, continuidad e inmediatez para satisfacer, mediante un régimen de Derecho Público, las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran con la finalidad de alcanzar el bien común (CASSAGNE, Juan Carlos, *La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas*, ob. cit., p. 153).

[94] C.S.J.N., "Gas del Estado", Fallos 306:328 (1984); "Ferrocarriles Argentinos", C.535.XIX (1984); "Gas del Estado Sociedad del Estado", C.509.XIX (1984); "Cinplast IAPSA", Fallos 316:212 (1993). Tales cláusulas han sido definidas por la doctrina como aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos (BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los contratos administrativos*, ob. cit. p. 209). Al respecto, debe asimilarse a aquellas que son extrañas o inhabituales en los contratos que celebran los particulares (VEDEL, Georges, *Droit administratif*, Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 1961, p. 643), o que de insertarse en un contrato privado, lo tornarían ilícito (WALINE, Marcel, *Droit administratif*, Sirey, París, 1963, p. 572). En nuestro sistema, esto resulta un *"corolario necesario de la intervención heterónoma de la legislación estadual sobre las normas autónomas del contrato"* (CUADROS, Oscar, "El Estado y la legalidad convencional" en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014, p. 15). Al respecto, cabe señalar que si bien tales cláusulas exorbitantes implican justamente prerrogativas de poder reconocidas o atribuidas a la Administración Pública (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 252), no pueden promoverse de manera implícita, pues se violaría la prohibición de arbitrariedad, ya que el contratista particular no las podría prever jamás al momento de celebrar el contrato (CASSAGNE, Juan Carlos, "La contratación pública", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo I, ob. cit. p. 24).

[95] BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob. cit., p. 608.

de principios rectores, tales como el *pacta sunt servanda*[96] y la buena fe entre los contratantes[97].

Dicha noción, compartida por la Procuración del Tesoro de la Nación argentina[98], fue receptada -en esencia- a partir de la figura del *contrat administratif*, diseñada por la jurisprudencia del Derecho francés, la cual determinó elementos constitutivos subjetivos, teleológicos y objetivos. Hoy podríamos recrear y reforzar dicha concepción a partir de los siguientes componentes: (i) la presencia del Estado; (ii) el cumplimiento inmediato de fines públicos[99] (si bien, según el modelo galo, ello refería a la realización de un servicio público[100]), propio de la función materialmente

---

[96] Entendido como *"la fuerza obligatoria del contrato, que descansando en el deber de veracidad y en el postulado fundamental de la justicia que ordena dar a cada uno lo suyo, surge como instrumento de este precepto y es indispensable para la vida de relación"* (SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, Ediciones Dike, Mendoza, 2000, p. 46). Principio receptado expresamente en nuestro ordenamiento, incluso desde el Código Civil velezano, cuyo artículo 1197 establecía que *"las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma"*, promoviendo no sólo la regla del *pacta sunt servanda*, sino también el principio de *lex inter partes*, asignándole a los pactos el valor de las leyes, protegiéndoles incluso de las normas generales posteriores que pudieran gestarse (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 4). Actualmente, el artículo 959 del Código Civil y Comercial argentino dispone que *"[t]odo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé"*.

[97] C.S.J.N., "Almacenajes del Plata S.A.", Fallos: 311:2385 (1988). De acuerdo con lo que las partes *"entendieron o pudieron entender obrando con cuidado, diligencia y previsión"* (C.S.J.N., "Panedille Argentina S.A.I.C.F.I.", Fallos: 305:1011, 1983), tal como indica el artículo 961 del Código Civil y Comercial argentino, al enunciar que *"[l]os contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor"*. Ahora bien, es dable consignar que -en el ámbito público- todo contratista reviste el carácter de un verdadero colaborador de la Administración Pública en la realización de los fines públicos (C.S.J.N., "Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos", Fallos 325:1787, 2002; TAWIL, Guido, "El principio de colaboración en el procedimiento administrativo", en TAWIL, Guido (director), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 159), idea que se traduce en un equilibrio contractual que no conocen las partes por lo general en un contrato netamente privado. Sin perjuicio de ello, vale destacar que, en el sistema argentino, el artículo 1091 de Código Civil y Comercial prevé que *"[s]i en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación (...)"*.

[98] P.T.N., Dictámenes 232:146; 234:456; 239:506.

[99] El objeto de todo contrato administrativo se vincula a una *"prestación de utilidad pública"* (BIELSA, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo*, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1949, p. 107).

[100] La primera caracterización en el Derecho francés de un contrato administrativo *par nature* está ligada a la famosa doctrina del servicio público (JÈZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Tomo III, ob. cit., p. 175). La insuficiencia que portaba la teoría del servicio público (consagrada en el ámbito contractual por el Consejo de Estado francés a partir del ya citado fallo *"Terrier"*) para configurar el criterio determinante de la noción de contrato administrativo provocó en la

administrativa[101]; (iii) la aplicación de un régimen exorbitante del Derecho Privado (integrado en forma equilibrada por prerrogativas estatales y garantías de los contratistas particulares, que es propio de las relaciones de Derecho Administrativo[102]); y -finalmente- (iv) la existencia de actos administrativos de alcance particular[103], en la medida que el ejercicio de tales prerrogativas y garantías se traduce mediante declaraciones administrativas, cuyo contenido típico se encuentra predeterminado normativamente, en función del interés general perseguido[104].

De este modo, se denota una estructura jurídica compleja, conformada por un elenco de piezas indispensables que funcionan coetánea e interconectadamente, reposando sobre la voluntad estatal de contratar y los demás recaudos jurídicos, formales y materiales, que prevé el ordenamiento y condicionan la validez del acuerdo[105].

En cuanto a la exorbitancia señalada con relación al Derecho Privado, corresponde indicar -tal como hace la doctrina española- que resulta exclusivamente posicional, es decir, externa al contrato, pues reconocer semejante caracterización desde el propio acuerdo (*ad intra*), comportaría "*la ruina del mínimo de equilibrio que la*

---

doctrina y en la jurisprudencia francesa la aparición de una corriente que, al advertir la presencia de cláusulas exorbitantes al Derecho común, creyó encontrar en tal característica la solución al problema de la calificación del contrato. De tal modo, la inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por el Estado tenía la virtud de convertirlo en administrativo, pues tal circunstancia hacía presumir la intención de acudir al régimen del contrato público, y sólo residualmente la jurisprudencia apelaba al criterio del servicio público, exigiendo, en tales casos, que el contratante participase en forma directa (CASSAGNE, Juan Carlos, *La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas*, ob. cit., p. 150). Vale precisar también que Jèze, como exponente de la Escuela de Bordeaux, concebía -al igual que Duguit- que todo el Derecho Administrativo se explicaba como un Derecho especial de los servicios públicos (compuesto de reglas exorbitantes del Derecho común surgidas e impuestas por y para la gestión de los servicios públicos), por lo que interpretó -como obligada consecuencia de este planteamiento de base- que los Tribunales administrativos son competentes para conocer en materia de contratos administrativos por tratarse de un régimen especial: el régimen público de los servicios públicos (JÈZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Tomo III, ob. cit., p. 313). Por otra parte, es dable reconocer y enfatizar que estrictas circunstancias políticas históricas explican las peculiaridades del ordenamiento jurídico francés en materia de contratos administrativos, evidenciando así la instrumentalidad de la categoría contractual en su dialéctica con el acto administrativo (MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, ob. cit., p. 76).

[101] CASSAGNE, Juan Carlos, "La contratación pública", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo I, ob. cit., p. 4.

[102] COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 15 y ss.

[103] MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit. p. 246. A los fines del presente trabajo, entendemos como acto administrativo de alcance particular a toda declaración emitida por un órgano estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros.

[104] PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 569; MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit. p. 155.

[105] En virtud de las exigencias establecidas en los artículos 7 y 8 de la Ley N° 19.549.

bilateralidad contractual supone"[106]. Es por ello que la existencia de prerrogativas administrativas en el plano contractual encuentra su fundamento en razones que son esencialmente externas al acuerdo[107], pero que -junto a las técnicas de garantías del equilibrio económico de los contratistas particulares- son el resultado de una conformación con origen normativo, al efecto de constituir una relación jurídica administrativa concreta[108].

Estas consideraciones permiten justificar al contrato administrativo como una categoría jurídica peculiar dentro del Derecho Administrativo, donde la satisfacción del interés público se infiere tanto del fin, como del objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo[109].

Desde el plano de las políticas públicas, las consideraciones expuestas permiten vincular a la figura contractual como una verdadera estrategia[110] o instrumento de apoyo para la consecución de los objetivos de tales políticas[111], particularmente en materia de acuerdos de larga duración[112]. No olvidemos que el Derecho Administrativo se encuentra ínfima y estrechamente vinculado a la política, ya que en ella encuentra gran parte de fundamento y de ella también recibe su filosofía y trazos característicos[113]. Lineamientos plenamente extensibles en materia de políticas económicas, como engranaje crítico dentro del circuito de la actividad económica y las dinámicas propias

---

[106] MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit., p. 91.

[107] PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Exorbitancia de las prerrogativas de la Administración en los contratos*, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, año 5, opus nro. 9, UNAM, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Ciudad de México, 2011, p. 181.

[108] BARRA, Rodolfo Carlos, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, ob. cit., p. 130.

[109] CASSAGNE, Juan Carlos, *La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas*, ob. cit., p. 146.

[110] PERNAS GARCÍA, Juan José, *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 17. Término definido por la Real Academia española como *"traza para dirigir un asunto"*, o *"conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento"*.

[111] Máxime cuando el ejercicio de función administrativa es el instrumento básico de ejecución de políticas públicas (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 45).

[112] Comprendidos como aquellos que *"las partes han previsto la satisfacción de intereses a lo largo de una vinculación prolongada, y por ello no establecen su acuerdo definiendo materialmente los bienes, sino estableciendo normas procedimentales. De tal modo, no establecen el precio definitivo porque suponen que habrá cambios inflacionarios; no disponen las características definitivas de la cosa porque saben que habrá cambios tecnológicos; no aseguran una obligación de hacer determinada porque seguramente habrá distintas maneras de prestar esa obligación a lo largo del tiempo"* (LORENZETTI, Ricardo, *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, Revista La Ley, 1997-E, Buenos Aires, 1997, p. 1103).

[113] WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 38. Sumado a la caracterización fundamental por la cual *"[e]l derecho administrativo es derecho constitucional y político"* (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I, ob. cit., p. I-13), en el sentido de que está singularmente vinculado "*el fenómeno del poder, motivo por el cual quienes lo cultivan desde cualquier ámbito tienen con éste un contacto inevitable"* (COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 16).

de todo mercado, con interacción estadual en búsqueda activa del progreso social[114]. Si bien los permanentes vaivenes que caracterizan la vida política y las dificultades económicas obstaculizan el intento de concretizar proyectos estatales troncales para el desarrollo de determinadas políticas públicas, no es menos cierto que uno de los mecanismos más apropiados para identificar proyectos de interés común relevante consiste en la articulación conjunta entre los sectores públicos y privados. Especialmente en un contexto económico globalizado[115].

Estas últimas reflexiones nos llevan a considerar que los contratos administrativos no constituyen exclusivamente un medio para que el Estado (*lato sensu*) pueda abastecerse de materias primas, encomendar determinados trabajos o servicios en las condiciones más ventajosas, sino que inciden en diversos planos, convirtiéndose -desde una perspectiva netamente instrumental- en un modo por el cual se puede orientar determinados comportamientos de diversos agentes sociales[116], por lo que resulta fundamental e indispensable que el marco jurídico aplicable sea coherente y proporcione los elementos adecuados para que ninguna esfera jurídica resulte vulnerada. A tal efecto, es preciso revalorizar los beneficios de un régimen armonioso y en constante evolución, que promueva un equilibrio entre prerrogativas estatales y garantías individuales en un marco de seguridad jurídica.

En esa línea de razonamiento, puede afirmarse que la materia contractual administrativa, que es de suma *"importancia económica y social"*[117]; debe asociarse a la idea del interés público bajo la noción de una *"buena administración"*. Acepción de

---

[114] REZZOAGLI, Bruno Ariel, *La contratación pública como instrumento de promoción de políticas sociales*, Revista Politeia, N° 49, Culiacán, 2010, p. 27.

[115] GIMENO FELIU, José María, "El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho pretoriano. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma", en *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 19.

[116] MORENO MOLINA, José Antonio y PLIETE GUADAMILLAS, Francisco, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2008, p. 532; GIMENO FELIÚ, José María, "Compra pública estratégica", en PERNAS GARCÍA, J.J. (director), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 46.

[117] RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, MORENO MOLINA, José Antonio, JINESTA LOBO, Ernesto y NAVARRO MEDAL, Karlos, *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, Guayacán, San José, 2011, p. 73; GIMENO FELIÚ, José María, "Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. la doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales Enseñanzas y propuestas de mejora)", en *Observatorio de Contratación Pública*, Zaragoza, 2015, p. 3; http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_INFORME_ESPECIAL_OBPC__RECURSO_ESPECIAL_Y_DOCTRINA_2015_0f8f25d8%232E%23pdf/chk.13f88f1fcc7d3864e48c973df4e880f7); MORENO MOLINA, José Antonio, "Contratos administrativos", en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (directores), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, INAP, Granada, 2015, p. 316.

triple funcionalidad[118], pues puede concebirse simultáneamente tanto como una obligación de la Administración Pública, como un principio general del Derecho Público, o -incluso- como un derecho fundamental de todas las personas, tal como establece la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo[119].

En ese sentido, es posible coligar una serie de principios y reglas que dimanan de esta noción de contenido plural y complejo como es la *"buena administración"*[120], con la propia figura del contrato administrativo, no sólo en lo atinente al sistema de prerrogativas estatales y técnicas de garantías particulares, sino -incluso- en vinculación directa con sus elementos estructurales, tal como detallaremos a lo largo del presente trabajo.

II.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO ESPECIE DEL ACTO ADMINISTRATIVO. LAS PECULIARIDADES DEL ELEMENTO FORMA COMO REQUISITO ESENCIAL O ESTRUCTURADOR

Dado que la figura contractual se enmarca como actividad materialmente administrativa, debemos manifestar su estrecha relación con la teoría del acto

---

[118] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano y la reforma administrativa. Consideraciones generales*, https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/la-carta-iberoamericana-de-los-derechos-y-la-reforma-administrativa-1.pdf.

[119] La cual, por su condición de *soft law*, no es una normativa jurídica de cumplimiento obligatorio, por lo que actúa como un marco de referencia, estableciendo principios y reglas (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit. p. 793). En el caso de la Provincia de Santa Fe, vale consignar que ha sido receptado en uno de los considerandos del Decreto N° 4174/2015, indicando que *"este nuevo régimen pregona el acercamiento de los principios y normas del procedimiento administrativo al surgimiento de un "derecho a una buena administración" para optimizar la calidad de las decisiones y garantizar la participación de los ciudadanos, procurando una estructura dialogal que permita el afianzamiento de los institutos que persiguen ese fin"*. En el ámbito europeo, cabe señalar que *"[e]l derecho fundamental a la buena administración se consagró en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza , y que tiene desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, "el mismo valor jurídico que los Tratados" (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea –TUE-, apartado 1, párrafo primero). La sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Cuarta) de 27 de abril de 2016, asunto T-556/11, Evropaïki Dynamiki, aplica el principio de buena administración a los contratos públicos"* (MORENO MOLINA, José Antonio, "Control de la Contratación Pública y Principio de Buena Administración", en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, DELPIAZZO, Carlos, VALIM, Rafael y RODRÍGUEZ, María, *Control administrativo de la actividad de la Administración*, Tomo I, XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, ISBN 978-65-81121-00-6, San Pablo, 2019, p. 703).

[120] PERRINO, Pablo, "La reforma del procedimiento administrativo", en *Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 626.

administrativo[121], evidenciándose un vínculo dialéctico entre ambas categorías jurídicas. Así lo indica la Corte argentina[122], al instituir al acto como género y al contrato como una de sus especies[123].

Nótese que el Decreto delegado N° 1023/01, además de introducir la fórmula según la cual los contratos que celebran los órganos y entes del sector público nacional se rigen por sus respectivas leyes especiales, dispuso la aplicación directa de las prescripciones del Título III de la Ley N° 19.549[124] *"en cuanto fuere pertinente"*.

Sobre esta última expresión, el profesor Cassagne[125] exterioriza que dicha regulación hermenéutica termina reconduciendo el problema interpretativo a una aplicación analógica (y no directa) de las normas que regulan a la figura del acto administrativo. Dicha cuestión no resulta menor; máxime cuando todo contrato administrativo se vincula necesariamente con un conjunto de actos administrativos, sean de alcance general (tanto normativos, como no normativos), como de alcance particular, configurando así un verdadero bloque de juridicidad contractual, regulando todo lo

---

[121] MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, ob.cit., p. 18. Asimismo, se ha señalado que *"el contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa"* (ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 111). En consecuencia, todo contrato celebrado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas constituye esencialmente un acto jurídico administrativo, dado que el concepto de contrato incluye, mediante notas comunes, la cualidad del género acto jurídico, sin que a ello obsten las notas propias que disminuyen la universalidad del género (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 596). Es por ello que se admita concebir al contrato administrativo como una de las especies del acto administrativo (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 398).

[122] C.S.J.N., "Navone Spalding", Fallos 312:282 (1989); "Fortunato Arrufat SAIC", Fallos 312:606 (1989); "Rincón de los Artistas S.R.L.", Fallos 326:3700 (2003).

[123] BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob. cit., p. 621.

[124] Título que aglutina la caracterización de los requisitos esenciales del acto administrativo (competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y forma), su régimen de eficacia, sus caracteres (presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad), su régimen de invalidez (nulidad y anulabilidad), anulación por ilegitimidad y revocación por oportunidad, mérito y conveniencia, además de otras cuestiones.

[125] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 398. En contra, Comadira señala que la Ley N° 19.549 habría escogido una noción amplia de acto administrativo, incluyendo a los actos bilaterales, y por ende a los contratos administrativos, manifestando que *"[m]ás allá de la polémica doctrinal, la inexistencia de regulaciones especiales referidas a los contratos sobre las materias incluidas en el Título III de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos lleva a que, salvo en situaciones muy concretas vinculadas con, por ejemplo, la extinción contractual, los contratos administrativos deban considerarse regulados, en dichos aspectos, por la misma normativa aplicable a los actos"* (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 18 y 19). Por otra parte, existen autores que consideran que la aplicación directa se refiere únicamente a los actos administrativos que preceden al perfeccionamiento del acuerdo, y a los que se dictan en la etapa de su ejecución y extinción (BEZZI, Osvaldo Héctor, "La teoría del contrato administrativo y el Derecho Administrativo. Su relación con el acto administrativo. Algunas consideraciones generales acerca de sus elementos, en particular, la teoría de la causa" en HUTCHINSON, Tomás (director), *Contratista del Estado, Procedimientos de selección (segunda parte), Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p.193).

relativo al procedimiento de selección, su perfeccionamiento, ejecución y posterior extinción.

Construcción analógica que también se da no sólo con relación a otras leyes especiales del Derecho Administrativo argentino (como, por ejemplo, la Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado), sino también a las normas propias del Derecho Privado, tal como señala el artículo 1 del Anexo del Reglamento del Régimen de Contrataciones Nacional, Decreto reglamentario N° 1030/16[126].

Bajo este enfoque, en materia de contratos administrativos corresponderá -en primer término- la aplicación de las normas jurídicas específicas, previstas por el régimen general o leyes especiales, sin perjuicio de la remisión directa a las prescripciones de la Ley N° 19.549, en cuanto fuere ello pertinente; trasladando así los principios generales de la teoría general del acto administrativo, pero sin olvidar las peculiaridades que hacen a la propia figura contractual. Ante el caso de lagunas, pueden consignarse -recurriendo al mecanismo de la analogía- las reglas instituidas para las demás categorías jurídicas del Derecho Administrativo y -eventualmente- por las propias del Derecho Privado; pero con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del Derecho Administrativo[127].

Sin perjuicio de lo expuesto, vale destacar otra connotación relevante del análisis contractual iusadministrativista, la cual reside en el reconocimiento efectivo de que las relaciones jurídicas que se producen son de índole bilateral[128], como una especie de acto administrativo[129], ya sea tanto en su formación[130] (pues existe una fusión de voluntades,

---

[126] Pues *"todo lo dispuesto respecto de aquello que puede constituir el objeto de los actos jurídicos (…) es aplicable al objeto de los contratos"*, justificando así eventuales remisiones a las normas del Derecho Privado (MERTEHIKIAN, Eduardo, "Los contratos administrativos como fuente del Derecho Administrativos", en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 46), con las discriminaciones pertinentes.

[127] Vale recordar el precedente por el cual se justificó la aplicación de disposiciones iusprivatistas en el campo del Derecho Administrativo, considerando que "*si bien no han sido establecidas para aplicarlas al Derecho Administrativo sino al Derecho Privado, nada obsta para que representando aquellas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al Derecho Administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquella, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina"* (C.S.J.N., "Ganadera los Lagos S.A.", Fallos 190:142, 1941). En dicho antecedente, si bien la Corte se expidió en materia de nulidades, permitió la aplicación analógica de los principios del Derecho Civil en el Derecho Administrativo, denotando el carácter autónomo de esta disciplina (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 35).

[128] Pero esto no significa que la actividad contractual pueda confundirse con otras formas de actuación en contexto bilateral, como -por ejemplo- la actividad de fomento (PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 568). Por esta razón, entendemos que resulta inexacto hacer alusión al precedente "Metalmecánica" (C.S.J.N., "Metalmecáncia S.A.", Fallos 296:672, 1976) en materia de contratos administrativos, pues en dicho precedente no se alude a la noción contractual.

[129] MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 35; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 857; BALBÍN, Carlos,

mediante adhesión de los contratistas particulares a las cláusulas prefijadas por el Estado[131]), como también en sus efectos[132].

Resta añadir que el contrato administrativo es el corolario de un procedimiento administrativo complejo y especial. La propia noción de procedimiento en el presente trabajo apunta justamente al cause formal del ejercicio de la función administrativa[133], pues garantiza la juridicidad del obrar de la Administración[134], plasmando la utilización de principios[135] y reglas comunes que sostiene calificada doctrina en el campo de la contratación, promoviendo a los procedimientos de selección de contratistas y de ejecución como elementos, requisitos o componentes esenciales del contrato administrativo, resultantes de la múltiple secuencia de actos que -dirigida a la satisfacción del interés público- ordenan, regulan y sistematizan el desenvolvimiento de la función administrativa en el campo contractual.

Tales consideraciones evidencian un doble rol o fin tuitivo del procedimiento administrativo[136], ya que se tiende a asegurar el ejercicio razonable de las prerrogativas administrativas, pero desde una visión servicial, bajo la adecuada observancia de formas esenciales con el interés público comprometido, en torno a la efectividad de los derechos y garantías de los particulares contratantes, desde una perspectiva solidaria[137]. Aquí es donde advertimos -en estrecha vinculación a la noción de "buena administración"- la relevancia o primacía del elemento "forma" en el plano contractual.

Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, ob. cit., p. 623. En contra, se ha expedido cierta doctrina (BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 11; MARTÍNEZ, Hernán, *Derecho Administrativo. Concordado con Código Civil y Comercial, legislación nacional y legislaciones provinciales*, ob. cit., p. 527).

130 JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Acto administrativo y contrato administrativo" en *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración RAP, Buenos Aires, 2000, p. 144.

131 C.S.J.N., "Hotel Internacional Iguazú S.A.", Fallos 308:618 (1986).

132 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 596.

133 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, Civitas, Madrid, 1977, p. 69.

134 SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "Procedimiento administrativo, juridicidad e interés público", en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006, p. 45.

135 *"En el campo del Derecho Administrativo esas funciones de los principios no se limitan al ámbito de la interpretación e integración del derecho, sino que ellos obran muchas veces como verdaderas garantías que pueden invocar los particulares frente al Estado"* (CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo" en ABERASTURY, Pedro y VIGEVANO, Marta (coordinadores), *Principios generales del derecho, Revista Jurídica de Buenos Aires*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 51).

136 SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "Procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho", en POZO GOWLAND, Héctor, HALPERÍN, David, AGUILAR VALDÉZ, Oscar, LIMA, Fernando Juan y CANOSA, Armando (directores), *Procedimiento Administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 634; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 127.

137 COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 89.

Elemento que los profesores Comadira y Escola señalan como la esencia misma del Derecho Administrativo[138], en conjunción al entendimiento realizado por la Corte Nacional[139], al pronunciar que *"en las formas se realizan las esencias"*[140].

De este modo, se tiende a asegurar -como regla general- la existencia efectiva de concurrencia entre operadores, bajo un marco de igualdad y mediante expresiones de publicidad[141], respetando ciertas exigencias procedimentales específicas.

Es posible advertir, entonces, cómo tres de las categorías jurídicas basilares del Derecho Administrativo o ámbitos medulares de la actuación pública: acto, contrato y procedimiento administrativo, se complementan e integran de un modo armónico y sistémico; precisando -bajo dicha vinculación- la relevancia del elemento "forma", como requisito o componente de características sumamente especiales, ya sea tanto en lo atinente al procedimiento de selección, como en el perfeccionamiento del acuerdo y su posterior ejecución[142]. Por tales razones, concebimos que -en materia de contratos administrativos- el citado elemento aglutina todo aspecto procedimental[143]. Explicaremos sucintamente por qué hemos aceptado transitar por este sendero argumental. Veamos.

---

[138] Al indicar que *"las formas apuntan, por un lado, a la protección de los derechos e intereses de los administrados y, por el otro, al aseguramiento de la adecuada gestión del interés público"* (COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit. p. 409). En efecto, en esta disciplina jurídica, *"las formas cumplen fundamentalmente una función de garantía"* (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 671); especificándose que, en el plano contractual, existe una *"jerarquización temprana del valor de las formas"* (COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit. p. 25).

[139] C.S.J.N., "Ferreyra", Fallos 315:106, 1992; "Concencioca", Fallos 317:1333, 1994.

[140] Tal como si pareciera un pasaje de Borges, al expresar que *"lo fundamental son las formas"* (BORGES, Jorge Luis, *Obras Completas*, Tomo I, Emecé, Barcelona, 1996, p. 355).

[141] ARANA GARCÍA, Estanislao, CASTILLO BLANCO, Federico, TORRES LÓPEZ, María Asunción, VILLALBA PÉREZ, Francisca, *Nociones básicas de contratación pública*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 16.

[142] MARTÍNEZ, Hernán, *Derecho Administrativo. Concordado con Código Civil y Comercial, legislación nacional y legislaciones provinciales*, Tomo I, ob. cit., p. 549.

[143] *"Carácter formal que se materializa mediante dos manifestaciones, la primera de ellas consistente en la obligada necesidad de observar y desarrollar, tanto en cuanto al iter administrativo a seguir como en su plasmación documental, un procedimiento formalizado que se plantea tanto para la adopción de la propia decisión de iniciar una actividad contractual como en los actos seguidos para la selección del contratista al objeto de garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia que caracterizan el contrato administrativo. Todo ello se concreta en la tramitación de un procedimiento administrativo de pasos predeterminados, que se plasman en el oportuno expediente, mediante los cuales la Administración forma su voluntad contractual a través de la elaboración y aprobación de un conjunto de actos administrativos, actos que tendrán una importancia trascendental, no únicamente para la elaboración y adjudicación del contrato, sino también durante la vigencia de éste"* (DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local*, Revista de Administración Pública, N° 168 (ISSN: 0034-7639), Madrid, 2005, p. 412).

Si bien se ha definido a la "forma" en el Derecho como el *"modo en el que hay que proceder para emitir una declaración de voluntad"*[144], corresponde efectuar una serie de apreciaciones puntuales en torno a la noción de "formas esenciales" en la órbita del Derecho Público (especialmente en materia de Derecho Administrativo), en virtud de las distintas concepciones en torno al alcance del término.

Más allá de que el elemento "forma" -ante todo- debe considerarse como un requisito natural de cualquier negocio jurídico, se afirma que, en nuestra disciplina en particular (más precisamente en materia de actos y contratos administrativos), la palabra "forma" se utiliza regularmente para expresar dos acepciones diferentes: por un lado, una de tinte restringido, referida al modo concreto en que se exterioriza la voluntad de quien emite el acto o de quien celebra el contrato; y por otro lado, una de índole más amplia, extensible a las distintas y diversas etapas que necesariamente debe cumplimentar la Administración para dar origen al acto puntual, y el modo en que se emite o se celebra[145].

En sentido similar, cabe distinguir -en el ámbito contractual- entre las expresiones "formalidades" y "formas"[146], en la medida en que las primeras constituyen el procedimiento mediante el cual se llega a la contratación, por lo que comprende actos anteriores, concomitantes o posteriores a la concertación del contrato; mientras que las segundas configuran sólo el modo en que se instrumenta el vínculo contractual.

Bajo esta perspectiva, si bien podría aducirse que se produce un distingo entre la "forma" propiamente dicha y las llamadas "formalidades", tales consideraciones -según la mirada crítica de Cassagne- no parecen reportar mayores ventajas prácticas ni teóricas[147].

A los fines del presente trabajo, tal como bien señala calificada doctrina[148], entendemos que el elemento "forma" debe concebirse inevitablemente bajo la acepción

---

[144] BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 76.

[145] BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 294.

[146] SAYAGÜES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1974, p. 547.

[147] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 243.

[148] MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 244; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 671; COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit. p. 409. En contra, se ha considerado que *"los elementos anteriores, coetáneos y posteriores al acto que concretamente expresan la voluntad de la Administración en el contrato, no invisten carácter de forma esencial, en cuanto, para que puedan ser calificados así, sería menester que la ausencia de cualquiera de ellos hiciera inexistente el contrato como tal"* (BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 295). De este modo, este último autor entiende que, mientras la forma configura un elemento esencial en cuanto con ella se expresa la voluntad de la Administración que se concreta en el contrato, las formalidades que llevan a la conclusión del contrato constituyen elementos no esenciales, en la medida

amplia, al incluir no sólo los requisitos propios que se deben observar en la declaración en sí, sino también a las formalidades que dotan de validez y eficacia al acto contractual, como los actos particulares que se dicten en su consecuencia, incluyendo a todos aquellos requerimientos que corresponden tanto al procedimiento de integración de la voluntad (referentes a los trámites y requisitos que deben cumplirse previa y durante la declaración de la voluntad por parte del órgano o ente administrativo competente), como a los recaudos de eficacia necesarios para su vigencia y emisión de efectos respecto de terceros[149]. Ello, en tanto constituyen requisitos formales en el sentido que implican la exteriorización de la voluntad estatal[150], por lo que si se evidencian deficiencias en tales aspectos se configurarían determinados vicios.

Resulta relevante destacar que, en virtud de las caracterizaciones peculiares de nuestra disciplina, las formas en el Derecho Administrativo conllevan fundamentalmente una función de garantía[151], tanto para la tutela de los derechos e intereses de los particulares, como de la propia juridicidad o legitimidad de la actividad administrativa[152]. En este orden, somos de la idea de que cuando la Administración contratante incumple una disposición normativa vinculada a los recaudos de índole formal que se encuentra obligada a efectuar, configura una omisión de las "formas esenciales" de dicho acuerdo[153]. Por ello, es dable aseverar que el elemento "forma" trasciende de un mero carácter instrumental para configurar una verdadera nota constitutiva del concepto de contrato administrativo, evidenciándose una potenciación de este elemento, a diferencia de lo que sucede en determinados casos ligados al acto administrativo, donde se ha admitido la validez -pese a la existencia de vicios graves en

---

que pueden existir contratos administrativos sin necesidad de que se cumplan tales requisitos. No adherimos a esta posición.

[149] Empero, para el caso de los contratos administrativos, si bien pueden existir recaudos puntuales en cuanto a las exigencias de eficacia (como puede ser la notificación del acto que numera y registra un contrato mediante decreto del Poder Ejecutivo), lo cierto es que la regla es la no publicación del mismo, salvo que de algún modo se afecten derechos de terceros, en cuyo caso la Administración tiene el deber de acudir a la forma de publicidad que corresponda, dado que puede darse, por ejemplo, el supuesto de que un contrato contenga disposiciones de carácter general que deban ser objeto de publicación (CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 362).

[150] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., ps. 243 y 357.

[151] ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1970, p. 273.

[152] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 244.

[153] Vale señalar que el artículo 14, inciso b), de la Ley N° 19.549, aplicable -cuanto menos- analógicamente a la figura del contrato administrativo, determina que resultan nulas *"de nulidad absoluta e insanable"* aquellas declaraciones que fuesen emitidas *"por violación (...) de las formas esenciales"*. Sin perjuicio de ello, la Corte federal argentina promovió la aplicación de la teoría de la inexistencia.

el procedimiento administrativo desarrollado- aplicando la llamada "teoría de la subsanación"[154].

La observancia irrestricta de las formas esenciales en el contrato administrativo se justifica en la medida que se pretenda asegurar el ejercicio razonable de las prerrogativas administrativas, bajo un compromiso inescindible con los derechos y garantías que le son inherentes (tales como la igualdad, la concurrencia, la razonabilidad y la publicidad de los actos de gobierno), respetando así el principio de juridicidad y el interés público comprometido, como dato esencial y estructurador.

En este entendimiento, justificamos la relevancia del principio de seleccionabilidad[155], destacando -como regla general- la realización de procedimientos públicos, abiertos, transparentes y competitivos, tales como la licitación pública[156] o concurso público (según corresponda), promoviendo pautas concretas, intrínsecamente vinculadas a cuestiones que hacen a la moralidad del accionar estatal, eficacia en la gestión del interés público comprometido, igualdad en la distribución de los fondos públicos, conveniencia y limitación de la discrecionalidad de los agentes públicos intervinientes en las tomas de decisiones[157].

III.- DESAFÍOS ACTUALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN A ESCALA IBEROAMERICANA

Si bien en Iberoamérica pueden evidenciarse ciertas regulaciones más modernas que otras sobre contrataciones[158], no quedan dudas que existe una *"desmedida*

---

[154] C.S.J.N., "Universidad Bartolomé Mitre", Fallos 273:134 (1969). Mediante este razonamiento, *"el incumplimiento de las formas en las que el debido proceso adjetivo consiste (como especie del debido procedimiento administrativo previo), no genera, necesariamente, la nulidad absoluta del acto emitido con esa deficiencia y, así, el procedimiento administrativo pierde la significación axiológica que constitucional y legalmente está llamado a poseer"* (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 117).

[155] COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit. p. 789.

[156] Concebida como aquél procedimiento *"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. 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 ofertantes y del adjudicatario"* (C.S.J.N., "Hotel Internacional Iguazú", Fallos 308:618, 1986), promoviendo principios jurídicos tales como la igualdad de tratamiento y condiciones entre los oferentes; libre concurrencia, con el objeto de lograr la mayor cantidad posible de oferentes; economía, eficiencia y eficacia; publicidad y difusión de las actuaciones; defensa de los intereses colectivos y de la hacienda pública; transparencia y responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las diversas etapas tendientes a la contratación, etc.

[157] COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit. p. 788; GRECCO, Carlos y MUÑOZ, Guillermo, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, ob. cit., p. 315.

[158] Como el caso de la Ley española N° 09/2017, la Ley peruana N° 30.225, y las reformas introducidas tanto a la Ley colombiana N° 80/1993, o a la Ley costarricense N° 7.494, o el Decreto argentino N° 1030/16 (reglamentario del Decreto delegado N° 1023/01).

proliferación normativa en el sector"[159], cuya dinámica motiva a los operadores jurídicos y estudiosos del Derecho Administrativo a actualizar constantemente las disposiciones legales y reglamentarias aplicables[160]. No sólo en materia contractual, sino también en cuestiones propias de procedimiento administrativo, reglas presupuestarias y de administración financiera o bases de control, entre muchas otras.

A ello, cabe sumarle la variada gama de regímenes especiales que complementan a las disposiciones generales. De este modo, advertimos la coexistencia de múltiples normas que deben ser analizadas conjuntamente al momento de examinar un caso concreto. En consecuencia, luce indiscutible el rol fundamental de los principios generales del Derecho, a los fines de guiar esta multiplicidad o atomización de disposiciones en el ámbito de los contratos, operando como elementos unificadores[161] y de aplicación transversal[162], tal como propone -en el ámbito de la Unión Europea- la Directiva 2014/24/CE[163], al promover -en su artículo 18- los principios fundamentales de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad.

Sabido es que las mayores preocupaciones y desafíos en materia de contratación administrativa en Iberoamérica se nuclean en torno a: (i) la lucha contra la corrupción, (ii) la utilidad en la implementación de nuevas tecnologías, y (iii) la integración[164] o internalización de las normas contractuales[165]. Sin bien aun resta mucho por mejorar (esencialmente en Latinoamérica, y en especial si se idean perspectivas para formalizar acuerdos trasnacionales entre los Estados americanos y la Unión Europea[166]), a los fines

---

[159] MORENO MOLINA, José Antonio, "Contratos administrativos", ob. cit., p. 320.

[160] Sin perjuicio de que las legislaciones y prácticas administrativas en Latinoamérica suelen tender a cierta homogenización (MORENO MOLINA, José Antonio, "Contratos administrativos", ob. cit., p. 315).

[161] RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, MORENO MOLINA, José Antonio, JINESTA LOBO, Ernesto y NAVARRO MEDAL, Karlos, *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, ob. cit., p. 105.

[162] MORENO MOLINA, José Antonio, "Contratos administrativos", ob. cit., p. 321.

[163] *"La Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, vigente en la actualidad al haber derogado a la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, constituye la principal norma del hoy muy completo Derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos"* (MORENO MOLINA, José Antonio, "Control de la Contratación Pública y Principio de Buena Administración", ob. cit., p. 689).

[164] MORENO MOLINA, José Antonio, "Contratos administrativos", ob. cit., p. 316.

[165] MEILÁN GIL, José Luis, "El Derecho Administrativo Global", en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (directores), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, INAP, Granada, 2015, p. 160.

[166] A modo ejemplificativo, cabe señalar el Acuerdo de Asociación Estratégica recientemente suscripto entre la Unión Europea y el Mercosur, procurando consolidar una asociación política y económica en pos de gestar oportunidades de crecimiento sostenible. Pactando la aplicación de disciplinas modernas basadas en principios de no discriminación, transparencia e imparcialidad, y las normas detalladas establecidas en la versión revisada del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, pese a que los países americanos no han suscrito el Acuerdo sobre Contratación Pública de

de forjar un sistema común en la materia, no hay dudas que el trabajo coordinado para armonizar normas de contratación será sumamente beneficioso para el comercio, las fuentes de empleo y el desarrollo social que de ello se derive[167].

Empero, debemos estar atentos a la existencia de realidades disímiles en el contexto internacional. Una es la realidad de la Unión Europea, que se desenvuelve en un sistema consolidado de normas y de instituciones fortalecidas a tal punto de haber construido una verdadera constitución común, configurando un proceso jurídico complejo, que -con luces y sombras- va calando en la conciencia jurídica europea y su iuspublificación[168]. Claramente, el ámbito europeo es el escenario donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros se está produciendo con mayor intensidad[169], previendo diversas instancias para distintos tipos contractuales, conjugando normas tanto sustantivas como procedimentales[170].

Pero otro escenario -muy distinto- es el que se presenta en el contexto latinoamericano, exteriorizando tratados parciales, con contenidos breves, que brindan algunas pautas básicas y escasas instituciones de aplicación. A modo de ejemplo, citamos los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones. Recordemos que la Argentina aprobó -por leyes formales- más de cincuenta instrumentos de este tipo, a los que puede sumarse el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (aprobado por Ley 24.353), por el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (más conocido como "CIADI").

Sin duda alguna, la actividad contractual contribuye a una reformulación del Derecho Administrativo, y esta interacción en el ámbito internacional conforma un verdadero resorte de construcción que cada vez es más requerido por diversos Estados[171].

---

la Organización Mundial del Comercio, sin perjuicio de participar en calidad de observadores, tal como sucede con la Argentina (MORENO MOLINA, José Antonio, "Contratos administrativos", ob. cit., p. 331).

[167] MURATORIO, Jorge, "Contrataciones públicas en el Mercosur", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 464.

[168] PEREZ HUALDE, Alejandro, "Los contratos públicos como regla de derecho en el neoconstitucionalismo", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014, p. 474.

[169] RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, MORENO MOLINA, José Antonio, JINESTA LOBO, Ernesto y NAVARRO MEDAL, Karlos, *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, ob. cit., p. 71.

[170] MORENO MOLINA, José Antonio, *La importante evolución hacia un Derecho Global de la contratación pública* (https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/moreno-molina.pdf).

[171] PEREZ HUALDE, Alejandro, "Los contratos públicos como regla de derecho en el neoconstitucionalismo", ob. cit., p. 478.

Pues bien, estas cuestiones -desde el punto de vista jurídico- tienen un ámbito de normas, principios, reglas y valores que las encausan y orientan, y que no pueden ser ignoradas por las Administraciones.

La construcción de esta realidad jurídica se nos impone como un desafío especial, pero para ello debemos primero consensuar ineludiblemente una serie de presupuestos mínimos o coincidencias básicas, bajo un enfoque pragmático: observando lo que funciona y construir desde esa perspectiva[172].

Tenemos que ser conscientes de que hoy el régimen nacional argentino (al igual que muchos sistemas latinoamericanos) requiere de nuevos impulsos jurídicos que logren encausar a los poderes públicos en límites objetivos, e incluso sin desentenderse del fenómeno de la integración, tendente a consolidar una mayor y mejor competencia, con ineludible igualdad de trato (pero sin desconocer a las empresas locales), en un marco de absoluta transparencia, imparcialidad y sustentabilidad (incluso en materia ambiental).

Sería prudente, entonces, que en tanto en la Argentina, como el resto de Latinoamérica, los futuros instrumentos internacionales que se celebren tiendan -como primera medida- a reconocer un catálogo unívoco de principios y reglas generales en materia de contratación pública[173] (incluyendo, además de los postulados de racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia y revisión[174], el propio de responsabilidad, y -dentro de éste último- potenciar al principio de interdicción en materia de enriquecimiento injusto), denotando transversalidad con los ordenamientos internos, permitiendo determinadas armonizaciones o sincronizaciones y actuando de modo complementario. En paralelo, sería conveniente que se intensifiquen los postulados del Derecho interno, ajustando las regulaciones locales, delimitando con mayor rigurosidad el equilibrio justo perseguido entre prerrogativas estatales y sus consecuentes garantías particulares, detallando sus efectos en la praxis (es decir, adecuadas prácticas ecuménicamente aceptadas), con figuras claramente preestablecidas y delimitadas, promoviendo así mayor seguridad jurídica al momento de contratar y disminuyendo riesgos innecesarios.

---

[172] RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, MORENO MOLINA, José Antonio, JINESTA LOBO, Ernesto y NAVARRO MEDAL, Karlos, *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, ob. cit., p. 53.

[173] RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, MORENO MOLINA, José Antonio, JINESTA LOBO, Ernesto y NAVARRO MEDAL, Karlos, *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, ob. cit., p. 54.

[174] RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, MORENO MOLINA, José Antonio, JINESTA LOBO, Ernesto y NAVARRO MEDAL, Karlos, *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, ob. cit., p. 54.

CAPÍTULO II

EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

En el capítulo precedente hemos procurado esbozar una idea general del "contrato administrativo". Pasaremos ahora a describir menudamente ciertas nociones básicas del régimen administrativo contractual durante su etapa de ejecución, analizando las prerrogativas estatales específicas, en conjunto con las consecuentes técnicas de garantías en favor de los contratistas particulares, velando por el mantenimiento del equilibrio económico financiero del acuerdo.

Pretendemos argumentar sucintamente el modo en que la teoría autónoma y sustantiva del contrato administrativo, pese a nutrirse de principios jurídicos comunes, se diferencia de los típicos contratos civiles o comerciales. Especialmente durante su etapa de ejecución.

A tal fin, estimamos fundamental el aspecto que atañe a la predeterminación, tanto de las técnicas a favor de los particulares, como de las prerrogativas en el plano contractual, producto de presupuestos previamente establecidos[175]. Es decir, a partir del estudio de lineamientos especiales, previstos en normas legislativas o en actos administrativos de alcance general, examinaremos al contrato propiamente dicho, mediante delimitaciones efectuadas por la documentación contractual aplicable[176] (no sólo en cuestiones conceptuales, sino especialmente en los términos cuantitativos y cualitativos de los componentes que atañen al régimen exorbitante del acuerdo[177]), cuyo alcance debe interpretarse en función del interés público comprometido[178], y su ejercicio estará sujeto al debido control judicial[179].

---

[175] Las prerrogativas estatales contractuales no pueden ser netamente implícitas, pues se vulneraría la prohibición de arbitrariedad, ya que el contratista particular no las podría prever al momento de celebrar el contrato (CASSAGNE, Juan Carlos, "La contratación pública", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo I, ob. cit. p. 24; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Acto administrativo y contrato administrativo", en *Contratos administrativos*, ob. cit., p. 144). Misma conclusión podría señalarse para el supuesto de las garantías particulares.

[176] Aglutinando, a los fines del presente trabajo, a las normas legales, reglamentarias, contractuales y administrativas que resulten aplicables a la relación perfeccionada.

[177] GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado*, ob. cit. p. 906.

[178] Tal como sostiene la jurisprudencia española *"[l]a primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teología de*

I.- LAS PRERROGATIVAS ESTATALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Entendiendo a la contratación administrativa como una verdadera estrategia para la satisfacción de los intereses generales, en la medida que existan límites claros de actuación establecidos previamente, subordinados a los textos constitucionales y convencionales, el Estado se encuentra dotado de una serie de facultades jurídicas propias que lo habilitan a obrar en determinado sentido en el plano contractual; especialmente durante su etapa de ejecución. Sea requiriendo o exigiendo determinadas conductas al contratista particular que resulten imprescindibles a los fines de asegurar la concordancia entre las prestaciones exigidas y las demandas requeridas por el interés general[180].

Ahora bien, a los efectos de brindar mayor seguridad y estabilidad al acuerdo, adelantamos que el ejercicio de tales facultades no puede desvincularse del principio de juridicidad (resaltando las cuestiones que hacen al debido procedimiento previo y al concepto de *competencia* del órgano u ente estatal[181]), por lo que advertimos la presencia de determinados límites al aludido ejercicio de potestades[182].

A fin de identificar las principales prerrogativas estatales que ostenta el contrato administrativo en su etapa de ejecución, enumeramos las siguientes[183]:

I.1. Prerrogativa de dirección, inspección y control

Resulta lógico que el ordenamiento jurídico habilite al ente u órgano estatal contratante a supervisar la ejecución de los contratos que celebra.

Tal cuestión se justifica y vincula con la finalidad propia que caracteriza y define al contrato administrativo, vinculado a la satisfacción de los intereses generales de la

---

las prerrogativas administrativas en la contratación" (Sentencia del Tribunal Supremo español del 22 de febrero de 1982, Ar. 1619). Cuestión que nos permite repensar a la determinación normativa de prerrogativas estatales como una constante evolutiva e integradora a futuro. No olvidemos que el contrato administrativo *"supone una construcción racional y progresiva tanto para el interés público como para la seguridad de los particulares"* (ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo I, Comares, Granada, 2002, p. 42).

[179] Pues, como regla, están sujetos a revisión judicial *"todos los actos que producen efectos jurídicos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos"* (C.S.J.N., "Cabrera", Fallos 305:1937, 1983).

[180] MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XIII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 154.

[181] FARRANDO, Ismael, "Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública*, Tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 754.

[182] CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo en la actualidad", en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2007, p. 636.

[183] Aclaramos que no haremos mención aquí a la figura de la anulación por razones de ilegitimidad, puesto que entendemos que tal cuestión no obedece a una prerrogativa propia de la Administración en materia contractual, sino que resulta aplicable como principio o poder basal dentro de toda la actividad administrativa.

comunidad. En tal sentido, el Estado no puede permanecer ajeno y desentenderse de la ejecución del acuerdo administrativo, por lo que debe controlar la fiel y puntual marcha del acuerdo[184], interviniendo asiduamente en el desarrollo de las prestaciones, sea desde el ámbito material[185], como desde la esfera técnica[186], el aspecto financiero[187] y hasta la faceta jurídico-legal[188], constatando y siguiendo muy de cerca la forma y el modo en que el contratista cumple con las obligaciones a su cargo[189].

Resulta relevante destacar, entonces, que el ejercicio de esta prerrogativa no se limita exclusivamente a las cuestiones propias de las prestaciones materiales acordadas, sino que nuclea o abarca a todo lo que hace a la relación contractual, incluyendo aquellas cuestiones que requieran algún tipo de autorización previa (ej. subcontrataciones, transferencia de acciones que supongan cambio de control, cesión de derechos, cesión del contrato, explotaciones colaterales, etc.)[190].

En tal sentido, esta prerrogativa se traduce no sólo en la emisión de instrucciones y órdenes, sino también en la facultad de inspeccionar y de recabar información del contratista sobre cuantos aspectos se relacionan con el cumplimiento del contrato[191]. Ello, con el fin de salvaguardar la debida entrega de los bienes, la correcta ejecución de las obras o la buena prestación del servicio, más que las percepciones de indemnizaciones por las deficiencias o demoras en la ejecución, que poco y nada resuelven en orden al bienestar general[192].

Es dable señalar que la manifestación de esta prerrogativa varía en su intensidad de acuerdo a la índole del contrato que se considere y a su duración en el tiempo. Por ejemplo, en contratos como los de obra pública, concesión de obra pública o concesión de servicio público, esta prerrogativa es particularmente intensa y constante[193]. Para el

---

[184] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 742.

[185] Determinando si el contratista cumple los actos o ejecuta los hechos que el contrato pone a su cargo.

[186] Evaluando si los actos consignados se cumplimentan conforme a las prescripciones especiales del contrato.

[187] Cotejando si el contratista cumplimenta debidamente con aquellas las cláusulas relativas al pago de materiales previstos, mano de obra, impuestos, cargas sociales, inversiones que integran el capital, libre disponibilidad de bienes afectados, o en el caso de referirse a tarifas, lo concerniente a aquellos elementos que inciden sobre ellas, etc.

[188] Analizando si el contratista cumple con las normas jurídicas que regulan la materia contractual (sea que se encuentren contenidas en el contrato o fuera de él), en relación a la ejecución de la obra, el funcionamiento del servicio, etc.

[189] COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 887.

[190] GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado*, ob. cit. p. 909.

[191] COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 444.

[192] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 741.

[193] MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 303.

caso de los contratos de suministro, debe puntualizarse que el ejercicio de dicha prerrogativa se limita a cotejar el estado, calidad y cantidad de los bienes otorgados, sin tener mayor injerencia en las actividades de elaboración, por lo que el control administrativo se avizora recién al momento de la recepción, y no estrictamente durante la fabricación[194].

En el sistema federal argentino, esta supervisación se expresa de diferentes maneras, sea por medio del artículo 12, inciso c), del Decreto delegado N° 1023/01[195]; o bien en las diversas legislaciones especiales, de acuerdo al tipo de contrato administrativo que se refiera. Por ejemplo, la Ley de Obras Públicas N° 13.064 -en su artículo 28- dispone que *"el contratista no podrá recusar al técnico que la autoridad competente haya designado para la dirección, inspección o tasación de las obras"*.

I.2. Prerrogativa de interpretación unilateral del contrato

El Estado también cuenta con la potestad de desentrañar el sentido y el alcance de la propia documentación contractual -por sí y ante sí- en caso de conflicto durante la vigencia del acuerdo, dando carácter ejecutorio a la declaración interpretativa que se emita a tal efecto (sin perjuicio del derecho del contratista a recurrir dicha declaración[196]).

Así lo establece el artículo 12, inc. a), del Decreto delegado N° 1023/01 en el sistema federal argentino, al reconocer expresamente la prerrogativa de la Administración de interpretar los contratos y de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, mediante la emisión de un acto administrativo sujeto -por supuesto- a lo normado por el artículo 12 de la Ley N° 19.549[197].

---

[194] GRECO, Carlos y MUÑOZ, Guillermo, *Fragmentos de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 338. Sin perjuicio de ello, determinadas legislaciones establecen la posibilidad de inspeccionar el proceso de fabricación. Así, el sistema español establece, en el artículo 303 de la Ley N° 9/2017, que *"[l]a Administración tiene la facultad de inspeccionar y de ser informada del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido"*. Por su parte, en el ámbito federal argentino, el artículo 87 del Decreto N° 1030/16 prevé que *"[c]uando la contratación tuviere por objeto la adquisición de bienes a manufacturar, los proveedores deberán facilitar a la jurisdicción o entidad contratante el libre acceso a sus locales de producción, almacenamiento o comercialización, así como proporcionarle los datos y antecedentes necesarios a fin de verificar si la fabricación se ajusta a las condiciones pactadas, sin perjuicio del examen a practicarse en oportunidad de la recepción"*.

[195] *"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: (…) c) El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación"*.

[196] GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 83.

[197] *"El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la*

Acorde lo expuesto, se evidencia una prerrogativa de índole objetiva, habilitando a la autoridad administrativa a resolver unilateralmente una problemática determinada y puntual sobre alguna cláusula discutida, a la luz del interés general comprometido y los principios de juridicidad y de razonabilidad, erradicando toda corriente subjetiva[198]. Bajo este enfoque, si la finalidad de los acuerdos administrativos se encuentra en la satisfacción de un interés público relevante e inmediato[199], puede afirmarse que uno de los principales factores que influya en los criterios de interpretación se traduzca mediante la caracterización de dicho interés[200].

Al respecto, Rivero Ysern manifiesta que la prerrogativa interpretativa viene dada en función del interés público que persigue el contrato administrativo[201], señalando que -a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado- en la contratación pública *"la Administración puede hacer prevalecer, ejecutiva y ejecutoriamente, su interpretación al contratista"*, agregando luego que *"la voluntad predominante a los efectos interpretativos, en la mayoría de los supuestos, es la voluntad de la Administración que se encuentra objetivizada"*[202].

En tales términos, se procura evitar que las posibles divergencias que puedan llegar a suscitarse entre la Administración y el contratista puedan traducirse en un perjuicio para el bienestar general, como inevitablemente ocurriría si, producidas tales discrepancias, hubiera de quedar en suspenso la ejecución de la prestación hasta tanto se resolviese la controversia técnica o jurídica, ya sea en sede administrativa o eventualmente ante los estrados judiciales[203]. En consecuencia, esta prerrogativa habilita la emisión de una declaración estatal que provisionalmente posibilite la continuación contractual de las obras, servicios o suministros sin dilaciones o interrupciones

---

Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

[198] PORTELA, María Victoria, *La interpretación de los contratos administrativos*, RAP, Ediciones Especiales Régimen de Contrataciones y Compre Nacional Nº 28, Buenos Aires, 2012, p. 109.

[199] CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 34.

[200] Sin perjuicio de que la regla que domina la materia es que el contrato administrativo, a pesar de este carácter, es siempre *"la ley para las partes"*, a los fines de *"aclarar su texto"*, especialmente en los contratos de colaboración, la interpretación ha de ser a favor de los intereses públicos por los que debe velar la Administración (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 472).

[201] RIVERO YSERN, Enrique, *La interpretación del contrato administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1971, p. 43.

[202] RIVERO YSERN, Enrique, *La interpretación del contrato administrativo*, ob. cit., ps. 43 y 52.

[203] GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado*, ob. cit. p. 913.

perjudiciales para el interés general[204], salvo que una disposición judicial aplicable al caso determine lo contrario[205].

Lo expuesto tiene justificación, además, en que es el Estado quien redacta los Pliegos de Bases y Condiciones aplicables y demás documentación contractual, por lo que resulta razonable que sea esa misma autoridad administrativa quien establezca cuál es el sentido que mejor se orienta a la satisfacción del interés público perseguido.

Empero, a los fines de evitar toda interdicción de arbitrariedad, el contratante particular siempre tendrá a su disposición la posibilidad de impugnar el acto interpretativo en sede administrativa y eventualmente recurrir a la justicia (incluso a los efectos de reclamar por los daños y perjuicios que pudieren corresponder en caso de demostrar la ilegitimidad de la interpretación formulada[206], ante la ausencia o vicio grave en uno de los elementos esenciales del acto emitido), pues la declaración interpretativa no puede decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado de modo definitivo e inapelable[207].

En cuanto a los principios que han de orientar a la interpretación contractual, el Alto Tribunal federal argentino sostiene el criterio por el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, aplicando tales principios en el ámbito de los contratos regidos por el Derecho Público[208], incluyendo -por tanto- a los contratos administrativos[209]. Ello, por la sencilla razón de que el principio de buena fe informa y fundamenta a todo el ordenamiento jurídico[210].

En este orden de ideas, se propone que -ante la existencia de un conflicto interpretativo del acuerdo- el modo de desentrañar su sentido y alcance se remita -en primer término- al análisis de las propias cláusulas contractuales y de los Pliegos

---

[204] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 743.

[205] En caso de ocurrir ante la justicia, el juez interviniente deberá -ante todo y por sobre todo- interpretar cuáles son las necesidades actuales de la colectividad y cuál su compatibilidad con el criterio sostenido por el Estado, en razón de los términos de la documentación contractual aplicable, el dictamen o informe preceptivo del servicio jurídico o técnico administrativo correspondiente, y demás trámites pertinentes que exija el debido procedimiento previo.

[206] PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Exorbitancia de las prerrogativas de la Administración en los contratos*, ob. cit., p. 180.

[207] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2015, p. 240.

[208] C.S.J.N., "Cinplast I.A.P.S.A.", Fallos 316:212 (1993).

[209] C.S.J.N., "Juan María de Vido e Hijos S.C.A.", Fallos 311:971 (1988); "Panedile Argentina S.A.I.C.F.I.", Fallos 305:1011 (1983); "Sebastián Maronese e Hijos S.A.", Fallos 327:5073 (2004), del dictamen del Procurador General de la Nación del 15.03.2004.

[210] C.S.J.N., "Aguas Argentinas S.A.", A. 1339. XL (2007), del dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación del 22.08.2006.

respectivos, sumado a las especificaciones técnicas y demás instrumentos que componen la documentación contractual[211]. De esta manera, se propicia una interpretación literal o gramatical de lo acordado.

Seguidamente, es posible indagar una interpretación extraliteral, basada en elementos extrínsecos del acuerdo[212]. A modo ejemplificativo, podemos citar a aquellos presupuestos de hecho que motivaron e inspiraron la concreción del acuerdo, los antecedentes históricos de las instituciones respectivas, determinados datos sociales, etc., en conjunción con los principios propios del régimen administrativo[213].

En tercer término, debe recurrirse -mediante la aplicación de la analogía- a las normas del Derecho Privado[214]. Este proceso lógico deductivo, como técnica de

---

[211] Con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan y resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo.

[212] ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 304.

[213] Dado que si los principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esa potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 92).

[214] En materia interpretativa, el órgano o ente administrativo ha de velar por las reglas o técnicas que también estén insertas con carácter general en las normas del Derecho Privado (MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XIII, ob. cit., p. 151), con las adaptaciones que correspondan para el caso concreto, bajo los principios rectores en materia administrativa. La aplicación de este procedimiento exige adaptar las disposiciones del Código Civil y Comercial a los principios que rigen el Derecho Administrativo, por lo que la aplicación de normas *iusprivatistas* no se aplican lisa y llanamente, sino efectuando una integración, adaptación y conformación con los principios y normas que informan el Derecho Administrativo (CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p.14; GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 265), tal como reconociera el Alto Tribunal federal argentino en materia de nulidades, al establecer que la aplicación por analogía de las disposiciones de Derecho Privado al Derecho Administrativo debe efectuarse *"con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta disciplina"* (C.S.J.N., Ganadera Los Lagos S.A.", Fallos 190:142, 1941), señalando que el *"Código Civil (...) sólo es aplicable en cuanto sea compatible con los principios de aquélla"* (C.S.J.N., "Besana", Fallos 182:502, 1938). Ahora bien, el Código Civil y Comercial determina una prelación de criterios interpretativos que son coincidentes con los desarrollados precedentemente, a saber: (i) una interpretación gramatical, acorde lo indicado en el artículo 1062, en tanto *"debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad"*, siempre que exista una disposición legal o convencional que establezca *"expresamente una interpretación restrictiva"*; (ii) una interpretación según el criterio del lenguaje natural, en tanto que *"las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tenga un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato"*, acorde a lo preceptuado por el artículo 1063; (iii) una interpretación contextual o sistémica, donde *"las cláusulas se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto"*, según lo puntualizado por el artículo 1064; (iv) una interpretación histórica, mediante *"a)- las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b)- la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración",* a tenor de lo previsto por el artículo 1065 (ello, conjugado con lo determinado por el artículo 1067, en cuanto enuncia que la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto); y -por último- la interpretación finalista, con hincapié en *"la naturaleza y finalidad del contrato"*, tal como expone el artículo 1065,

interpretación[215], presupone una relación no regulada, teniendo por objeto resolver casos no previstos[216], e implica la realización de un proceso previo de adaptación e integración de tales lagunas con los principios rectores de la materia administrativa.

Establecer dicho orden o prelación de criterios[217] denota la complejidad de la actividad interpretativa[218], por que -al efecto de erradicar tensiones innecesarias- surge la necesidad imperiosa de formular y redactar clara y precisamente todas las disposiciones contractuales, de modo que se autocomplementen y vinculen[219] con las normas y principios administrativos. Incluso delimitando pautas específicas en materia de interpretación.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostiene que los pliegos de Bases y Condiciones *"deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta"*[220]. Pues -en los términos de la Corte argentina- si *"los términos o expresiones empleados en un contrato son claros y terminantes, sólo cabe limitarse a su aplicación, sin que resulte necesaria una labor hermenéutica adicional"*[221].

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde hacer alusión a la singular relevancia que adquiere en la actualidad la participación activa del sector privado en momentos previos al inicio del procedimiento de selección, especialmente ante contrataciones de complejidad técnica o de gran envergadura económica. Interviniendo en un marco de diálogo (ej. *data room*), a los efectos de colaborar con la Administración en determinados aspectos que podrán resultar de utilidad al momento de elaborar los

---

entendiendo que de gestarse varias interpretaciones posibles, *"corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato"*, acorde lo determinado por el artículo 1066.

[215] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 203.

[216] SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 60.

[217] RIVERO YSERN, Enrique, "El procedimiento de la formación de la voluntad en los contratos administrativos", en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, SANZ RUBIALES, Iñigo y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (directores), *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, ob. cit., p. 423.

[218] RIVERO YSERN, Enrique, "El procedimiento de la formación de la voluntad en los contratos administrativos", en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, SANZ RUBIALES, Iñigo y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (directores), *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, ob. cit., p. 423.

[219] No olvidemos que la ley de la licitación o ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan y resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo (C.S.J.N., "Radeljack", Fallos 311:283, 1988).

[220] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, del 22.04.2010. (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0423&from=ES).

[221] C.S.J.N., "Mevopal S.A.", Fallos 307:2216 (1985); "Sícaro", Fallos 314:363 (1991).

Pliegos de Bases y Condiciones, promoviendo consensos previos en determinados aspectos del acuerdo[222], antes de cualquier convocatoria o llamado.

Por otra parte, no resulta ocioso recordar que el principio de igualdad también obliga a interpretar los pliegos de manera restrictiva, en cuanto a los derechos que de ellos emanan a favor del contratista, tal como resolvió la Corte Suprema argentina, por ejemplo, en los casos "Vicente Robles"[223] y "Cadipsa"[224].

En suma, podemos determinar que la potestad estatal de interpretación unilateral de los contratos administrativos se encuentra circunscripta a la comprobación de determinados recaudos, que pueden ser resumidos de la siguiente manera: (a) que aparezcan dudas o divergencias sobre la manera en que debe ser entendida una cláusula del contrato o disposiciones de los Pliegos; (b) que esas divergencias pongan en peligro la prestación adecuada y eficiente del objeto contractual, acorde el interés general comprometido; (c) que se expida un acto administrativo debidamente motivado en el cual se fije el alcance imperativo de la forma en que debe ser interpretada la cláusula contractual o la norma del pliego[225], y (d) que dicha declaración sea pasible del debido y oportuno control judicial.

I.3. Prerrogativa o principio de continuidad en la ejecución

Esta prerrogativa de la Administración permite exigirle al contratante particular la continuación -en toda circunstancia- de la ejecución del contrato, de modo que los trabajos -en principio- no se vean interrumpidos por ninguna causa, salvo excepciones puntuales expresamente reconocidas o tasadas. En tal carácter, la doctrina francesa la ha denominado a esta potestad como aquella "obligación de ejecutar"[226] en cabeza del contratista particular.

Por ello, coincidimos en que es frente a este principio de ejecución continuada donde mayor relevancia cobra el citado rol de colaborador de la Administración que adquiere el contratante particular. Colaboración que lo lleva a tener que aportar -en todo momento[227]- sus máximos esfuerzos para cumplimentar con lo acordado[228]. Caso

---

[222] RIVERO YSERN, Enrique, *El procedimiento de la formación de la voluntad en los contratos administrativos*, ob. cit., p. 421.

[223] C.S.J.N., "Vicente Robles S.A.", Fallos: 316:382 (1993).

[224] C.S.J.N., "Cadipsa S.A.", Fallos: 323:1146 (2000).

[225] EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y contenido del contrato estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 197.

[226] DE LAUBADÈRE, André, VENECIA, Jean-Claude y DE GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administraif*, Tomo I, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 763.

[227] Aun frente al incumplimiento de las propias obligaciones contractuales estatales, en la medida que no se demuestre que la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones de la Administración resulte de tal gravedad que sitúe al contratista particular en una *"razonable imposibilidad de cumplir"* las prestaciones a su cargo (C.S.J.N., "Cinplast I.A.P.S.A.", Fallos: 316:212, 1993). En igual sentido se ha expedido la doctrina (MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, T.III-A, ob. cit., p. 292; DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas, comentada y anotada*, ob. cit., p. 382).

contrario, el contratante particular incurrirá en una grave inconducta, pasible de las sanciones previstas.

En el ámbito federal argentino, el artículo 13, inciso c), del Decreto delegado N° 1023/01 impone al contratante particular *"[l]a obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo (...) incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato"*[229], consagrando el principio de continuación de la ejecución contractual, de modo que no se vea interrumpido por ninguna causa; salvo excepcionales implicancias puntuales: actos de la naturaleza o aleas contractuales o extracontractuales (las cuales se analizarán más adelante en este apartado).

Dentro de estas implicancias excepcionales, en razón de la expresión "incumplimientos" en el artículo precitado, debemos señalar brevemente la pertinencia de la aplicación en el ámbito administrativo de la figura conocida como "excepción de incumplimiento contractual". Dicho instituto opera en la medida que se pueda acreditar debida y objetivamente tanto: a) un incumplimiento económico grave[230], imputable a la Administración contratante; b) la tempestiva y documentada advertencia hacia la Administración por parte del contratista particular, c) una *"razonable imposibilidad de cumplimiento"* por parte de dicho contratista, asociada a la existencia de una relación insostenible entre el monto de la deuda, el valor de la contratación y su giro empresarial[231], demostrando que continuó con la ejecución del acuerdo hasta el límite de sus posibilidades[232], y d) una relación proporcional ante el interés público comprometido, que justifique la viabilidad jurídica de la excepción[233].

En base a las consideraciones expuestas, es dable sostener que el contratista particular tiene una facultad sumamente limitada a la aplicación de la excepción de incumplimiento contractual, ya que -según lo resuelto por la Corte Suprema argentina en el caso "Cinplast"[234]- su viabilidad deviene de interpretación restrictiva. Sin embargo, no es posible implementar una regla o principio general que aplique de modo

---

[228] COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 885; ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Tomo I, ob. cit., p. 383.

[229] A su vez, el artículo 94 del Decreto reglamentario N° 1030/16 establece que *"[l]as penalidades establecidas en este reglamento no serán aplicadas cuando el incumplimiento de la obligación provenga de (...) incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que coloquen al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones"*.

[230] MERTEHIKIAN, Eduardo, "Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos" en *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 286.

[231] C.N.A.C.A.F., Sala III, "Bricons", 04.05.1989.

[232] P.T.N., Dictámenes 270:96.

[233] COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 384.

[234] C.S.J.N., "Cinplast I.A.P.S.A.", Fallos 316:212, 1993.

unívoco para todos los contratos administrativos sin atender a las circunstancias concretas de cada una de sus especies y, a su vez, de cada contrato en particular[235].

En suma, como premisa fundamental, debe primar la continuación en la ejecución contractual.

I.4. Potestad sancionatoria

De nada serviría que la Administración cuente con las demás prerrogativas si en forma correlativa a esas facultades no tuviera también -bajo un estricto sentido de justicia y razonabilidad- la potestad de sancionar las faltas o incumplimientos que cometa el contratante particular, al transgredir lo establecido por la documentación contractual aplicable, o bien al no acatar o desatender las órdenes e instrucciones que se le imparta[236], operando como la *"otra cara del control"*[237].

Debemos dejar en claro que estas prerrogativas estatales sancionatorias no se inmiscuyen con el sistema punitivo estatal o el llamado *poder de policía*. Son instituciones completamente diferentes, pues las sanciones que el órgano o ente público contratante pueda aplicar al particular -con relación al acuerdo concertado- serán de naturaleza contractual, lo que no debe confundirse con las sanciones administrativas que el Estado aplique en ejercicio de las facultades de policía que le correspondan.

Hecha tal aclaración, y volcándonos en la potestades contractuales que nos ocupan, debemos consignar -tal como formula García Pullés- que la aptitud de la Administración para imponer sanciones en el ámbito de los contratos administrativos se presenta en dos versiones, según: (i) si la facultad de sancionar resulta del propio acuerdo contractual, nos hallamos ante una facultad de tenor correctiva[238], mientras que (ii) si la infracción y la sanción surgen básicamente del orden jurídico legislativo o reglamentario aplicable, nos encontramos ante el ejercicio de una verdadera potestad sancionatoria[239].

En tales términos se ha expedido la jurisprudencia federal argentina, al sostener que:

---

[235] COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 382.

[236] Es por ello que determinados autores integran el poder sancionatorio dentro de la prerrogativa de dirección y control (CASSAGNE, Juan Carlos, *Las prerrogativas de poder público en los contratos administrativos*, ob. cit., p. 53; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 743).

[237] FARRANDO, Ismael, "El control sobre los contratos administrativos", en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, DELPIAZZO, Carlos, VALIM, Rafael y RODRÍGUEZ, María, *Control administrativo de la actividad de la Administración*, Tomo I, XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, ISBN 978-65-81121-00-6, San Pablo, 2019, p. 629.

[238] Tal como sucedería con la estipulación contractual de una cláusula penal (contemplando daños y perjuicios) o de una multa (sin tener en cuenta los daños y perjuicios que podrían suscitarse).

[239] GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Penalidades y sanciones en el nuevo reglamento de contrataciones", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014, p. 202.

"En la facultad correctiva el principio de legalidad no muestra la rigidez específica de la potestad sancionadora en general, pues no se contempla aquí una infracción administrativa sino el incumplimiento de una obligación contractual voluntariamente aceptada dentro del marco que impone la debida prestación del servicio, incumplimiento que es objetivamente imputable al concesionario mientras no se pruebe la culpa de la concedente o la configuración de alguna causal estatuida en el contrato o en las normas que de manera general disciplinan la prestación de aquél"[240].

De lo expuesto, se desprende que la distinción surge de la infracción y el origen de la facultad de imponerla, pues la circunstancia de hallarse prevista tanto la infracción como la facultad de sancionar directamente de una de las cláusulas contractuales, permite el ingreso de la analogía y de otros conceptos vinculados a las cláusulas penales contractuales, más que al derecho administrativo sancionador[241].

Evacuada tal cuestión, advertimos que -en el ámbito federal argentino- la potestad sancionatoria se encuentra caracteriza en diversos artículos del Decreto delegado N° 1023/01. A modo de ejemplos, citamos sus artículos 11, inciso e)[242], 12, incisos a)[243], d)[244] y e)[245].

Permitiéndonos clasificar a las sanciones contractuales en:

(i) pecuniarias (sean multas [por montos fijos o con un límite máximo dentro del cual la Administración puede actuar con discrecionalidad[246]], o incluso -dependiendo del caso- como indemnización por daños y perjuicios o pérdidas de garantías), donde

---

[240] C.N.A.C.A.F., Sala I, "Edelar", 21.09.2007.

[241] GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Penalidades y sanciones en el nuevo reglamento de contrataciones", ob. cit., p. 206.

[242] *"Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario: (...) "La aplicación de penalidades y sanciones a los oferentes o cocontratantes"*.

[243] *"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: (...) a) (...) 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".*

[244] *"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: (...) d) "La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones"*.

[245] *"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: (...) e) "La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciere dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor"*.

[246] VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 370.

pueden existir criterios de graduación en función de la gravedad o reiteración de la infracción[247];

(ii) coercitivas (a fin de lograr el inmediato o efectivo cumplimiento); o

(iii) rescisorias[248], como *ultima ratio*, dotando a la Administración de la prerrogativa de rescindir -por sí y ante sí- el acuerdo, producto de un incumplimiento extremadamente grave y debidamente acreditado, imputable al contratista particular[249], tras la concertación del procedimiento administrativo respectivo, garantizando el derecho de defensa del particular, a los fines de que pueda ser oído, pueda ofrecer y producir pruebas, y obtener una decisión fundada dentro de un plazo razonable, tras dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico.

De este modo, incluimos entre las modalidades sancionatorias a la caducidad, rescisión o resolución[250] en los supuestos de incumplimiento por el contratista[251] y a la prerrogativa de la Administración de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el contratante no lo hiciere dentro de los plazos razonablemente previstos[252], habilitándose la disposición de los bienes y medios de la contraparte incumplidora[253], tal como prevé el artículo 12, inciso e), del Decreto delegado N° 1023/01. Ello, respetando cada uno de los recaudos normativos exigidos para la emisión del acto administrativo que así lo disponga.

---

[247] Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que la graduación de la sanción queda librada a la prudente discrecionalidad de la autoridad de aplicación (P.T.N., Dictámenes 283:148, con cita de Dictámenes 261:121).

[248] ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, ob. cit. p. 420.

[249] La determinación de esa gravedad implica una cuestión de hecho, que ha de resolverse en cada caso particular, teniéndose en cuenta la índole del contrato que se considere y la magnitud del incumplimiento de una obligación esencial (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 314).

[250] Si bien la resolución contractual, en referencia a los medios extintivos, constituye el género, englobando dentro de éste a la caducidad y a la rescisión unilateral, ambos por incumplimientos esenciales de las obligaciones puestas en cabeza del particular contratante (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 129), calificando las eventuales responsabilidades del contratista (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, ob. cit., p. 768).

[251] Independientemente de la aplicación de multas, incautación de la garantía de ejecución contractual y de la indemnización por daños y perjuicios, en caso de corresponder.

[252] Teniendo en cuenta lo enunciado en el artículo 21 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en cuanto consigna que *"[l]a Administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliere las condiciones fijadas en el mismo, pero deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto"*, cuya aplicación no merece reparos en materia de contratos administrativos (CANOSA, Armando, "La caducidad o rescisión unilateral del contrato administrativo por incumplimiento", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 71).

[253] CHRISTE, Graciela, "Los poderes de dirección y control de la Administración Pública sobre los contratos administrativos", en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 655.

Por su parte, es dable considerar que -en materia de potestad sancionatoria- dependiendo del caso concreto, la normativa habilita a reprimir el incumplimiento del contratante (especialmente en términos económicos), o bien a obtener la inmediata satisfacción del objeto la contratación o evitar que la Administración vuelva a contratar con aquel cuyos antecedentes hacen pensar que incumplirá sus obligaciones. En este entendimiento, además de las multas que puedan aplicarse, encontramos la posibilidad de ejecutar las garantías ejecución contractual, hasta la suspensión en determinados Registros, dependiendo de cada tipo de contrato y de la magnitud de la sanción.

En lo atinente a la situación que justifica el dictado del acto de ejecución directa o sustitución del contratista, debe tratarse de *"un grado de incumplimiento que altere, con culpa grave, el objeto y la finalidad esencial perseguida por el contrato y que torne imprescindible ejecutar las prestaciones contractuales, ya que, de lo contrario, lo que corresponde es que la Administración resuelva el contrato y proceda a seleccionar un nuevo contratista"*[254].

Esta posibilidad de ejecución directa del contrato (que comprende, lógicamente, la sustitución -al menos temporal y provisional[255]- del contratante particular[256]) no conlleva estricta e inmediatamente a la extinción contractual.

Pese a las disposiciones del artículo 29 del Decreto delegado N° 1023/01[257], es posible inferir -a partir de los extremos de su artículo 12- que la "ejecución directa" se vincula a la potestad sancionadora, ya que no se logra advertir que tal ejecución pueda ser autorizada sino a partir de un incumplimiento grave y documentado imputable al contratante particular.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde señalar que la existencia de un régimen sancionatorio en el ámbito contractual apunta al loable objetivo de desalentar todo actuar ilegítimo por parte del contratista particular y -por tanto- al incumplimiento de las obligaciones contraídas. Ahora, en caso de evidenciarse tales faltas, las mismas deben encontrase debidamente acreditadas y deben ser evaluadas bajo un ejercicio estrictamente limitado a las disposiciones aplicables, a la luz de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, garantizando en todo momento el irrestricto cumplimiento del debido proceso adjetivo.

---

[254] CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 97.

[255] MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 320.

[256] Por lo que una vez superado el inconveniente que determinó la sustitución, el contratante particular reasume el pleno ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 324).

[257] *"Los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes penalidades y sanciones: a) PENALIDADES. 1. Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato. 2. Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones. 3. Rescisión por su culpa. b) SANCIONES. Sin perjuicio de las correspondientes penalidades los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes sanciones, en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones: 1. Apercibimiento. 2. Suspensión. 3. Inhabilitación"*.

I.5. Potestad de revocación por interés público (o rescisión unilateral sin culpa y por razones ajenas al contratista[258])

El interés público también puede influir en determinados casos para que la propia Administración decida unilateralmente la extinción del contrato, antes de su finalización normal, sin que exista un incumplimiento por parte del contratista que haga pasible la aplicación de la potestad sancionatoria.

En efecto, cuando eminentes razones de interés público determinen la necesidad de extinguir la relación contractual entablada[259], surge el deber de la Administración de decidir y ponerle fin a dicha vinculación jurídica en curso de cumplimiento, sin necesidad de ocurrir para ello a la instancia judicial, pero efectuando -como consecuencia- las respectivas indemnizaciones que resulten procedentes. De lo contrario se lesionarían derechos constitucionales y convencionales del contratista particular, tales como el derecho de propiedad e igualdad, en virtud del sacrificio especial ocasionado y respecto del cual no tiene el deber jurídico de soportar.

Por tanto, no debe confundirse la facultad de sanción rescisoria con esta facultad revocatoria por razones de oportunidad, mérito o conveniencia que goza la Administración. En ambos supuestos se extingue la relación contractual pero en un caso se trata de una sanción propiamente dicha, por una razón imputable al contratista y en ejercicio de la potestad sancionatoria; mientras que en el otro se evidencia la aplicación de una prerrogativa de resiliación[260], que procura la extinción del acuerdo en beneficio del interés general, sin que medie una falta atribuible al particular.

Según el tipo de contrato, dicha decisión extintiva puede plasmarse por medio de las figuras de (i) la resolución por oportunidad; o -eventualmente- (ii) el rescate[261]. Cabe aclarar que esta última modalidad extintiva, que se circunscribe exclusivamente a los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública[262], no produce la extinción de la prestación (sea servicio u obra concesionada), toda vez que es la propia Administración quien asume la ejecución del objeto del contrato celebrado. De este modo, el rescate -como ha sido precisado por Marienhoff- constituye una forma de extinción de ciertos contratos administrativos mediante la consecuente decisión

---

[258] Terminología sugerida por Cassagne, dado que el término revocación tiene mayor sentido con relación al acto administrativo (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 121). No obstante, utilizaremos la terminología convencionalmente aceptada en el ordenamiento nacional y en gran parte de la doctrina iberoamericana.

[259] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas*, AFDUDC, Nº 12, A Coruña, 2008, p. 809.

[260] DE LAUBADÈRE, André, *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 192.

[261] PERRINO Pablo, "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado", en *Cuestiones de contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 354.

[262] CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 160.

unilateral del Estado antes del vencimiento del plazo establecido, invocando razones de interés público, a fin de que reasuma -en forma directa- la ejecución o el cumplimiento del objeto contractual[263]. Como contrapartida, conlleva la indemnización de los perjuicios sufridos por el contratante particular por la extinción anticipada[264].

Entonces, la potestad bajo análisis faculta a la Administración a dejar sin efecto de manera unilateral un contrato administrativo válidamente celebrado, y en adecuado curso de ejecución, en la medida que el interés público comprometido al momento de suscribir el acuerdo desaparezca o mute durante su desarrollo[265], proyectando sus efectos hacia el futuro, es decir, *ex nunc*[266].

No debemos olvidar que dicha prerrogativa se encuentra prevista ínsitamente en el artículo 18 de la Ley N° 19.549, en cuanto establece la facultad de revocar un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, siendo tal disposición aplicable en el ámbito contractual (en los términos del artículo 7º de la citada ley, y conforme a las formulaciones proyectadas en el capítulo precedente).

En tal sentido, en la medida que existan fundamentos objetivos que permitan valorar un cambio en las condiciones bajo las cuales fue celebrado el contrato (siempre y cuando ello se encuentre debidamente acreditado y fundado en el procedimiento administrativo respectivo), y en tanto tal variación dificulte una mejor satisfacción del interés público, expresas razones de oportunidad, mérito o conveniencia posibilitan la extinción del vínculo contractual.

En cuanto al alcance de la indemnización que le corresponde al particular ante el ejercicio de la prerrogativa estatal revocatoria, corresponde precisar que tanto el artículo 12 inciso b)[267] del Decreto delegado N° 1023/01, como el artículo 95[268] de su decreto

---

[263] MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 440.

[264] VILLARUEL, María Susana, "El rescate en los contratos administrativos", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 143.

[265] VILLARUEL, María Susana, "La revocación por interés público de los contratos administrativos", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014, p. 377.

[266] Contrariamente a lo acontecido mediante la rescisión por razones de ilegitimidad, donde los efectos se producen desde el día de celebrado el contrato irregular, es decir, *ex tunc* (BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 499).

[267] *"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: (…) b) (…) La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante".*

[268] *"La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado".*

reglamentario N° 1030/16, limitan el reconocimiento de los perjuicios provocados por el acto extintivo al excluir expresamente el lucro cesante[269].

Previo a la entrada en vigencia del Decreto delegado N° 1023/01, el Máximo Tribunal federal argentino, ya en el caso "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. S.R.L."[270], admitió la procedencia de la reparación del lucro cesante bajo la denominación *"utilidad frustrada indemnizable"*, y posteriormente, en el precedente "Sánchez Granel"[271], como bien advierte Perrino[272], reconoció -por mayoría- que (i) el principio de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita se traduce en el derecho a una indemnización plena; (ii) la Ley de Obras Públicas no contiene normas que limiten en el caso la reparación del lucro cesante; (iii) el artículo 18 de la Ley Nº 19.549, al no determinar el alcance de la obligación, funda la concesión del lucro cesante antes de su prohibición, pues el principio jurídico que rige toda la indemnización es el de su *"integralidad"*[273]; y (iv) no corresponde para determinar la indemnización aplicar analógicamente la Ley de Expropiaciones, dado que *"la expropiación supone una restricción del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio"*[274].

Vale destacar que la viabilidad de reconocer el lucro cesante fue reiterada por el Cimero Tribunal argentino -a modo de *obiter*- en las causas "El Jacarandá S.A."[275], "Zonas Francas Santa Cruz S.A."[276] e "IMSA MICSA"[277], posteriores a la entrada en vigencia del Decreto delegado N° 1023/01.

---

[269] Entendido, en los términos del Alto Tribunal federal argentino, como el reconocimiento de *"las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas debidas y estrictamente comprobadas"*, añadiendo que *"no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable"* (C.S.J.N., "Sánchez Granel", Fallos 306:1409, 1984).

[270] C.S.J.N., "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía S.R.L.", Fallos 286:333 (1973).

[271] C.S.J.N., "Sánchez Granel", Fallos 306:1409 (1984). No obstante el reconocimiento de la reparabilidad del lucro cesante, la Corte argentina se limitó en el caso, invocando razones de equidad, en que el contratista *"no experimentó los riesgos inherentes a la ejecución del contrato y al hecho de que no pudo aplicar sus esfuerzos a otros trabajos obteniendo no obstante el mismo e integral beneficio que si la obra hubiera sido ejecutada totalmente"* (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 495).

[272] PERRINO Pablo, "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado", ob. cit., p. 357.

[273] C.S.J.N., "Ingeniero Livio Dante Porta y Cía S.R.L.", Fallos 286:333 (1973).

[274] C.S.J.N., "Sánchez Granel", Fallos 306:1409 (1984).

[275] C.S.J.N., "El Jacarandá S.A.", Fallos 328:2654 (2005). En dicha causa, la Corte precisó que *"la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación"*, afirmando que *"no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas"*.

[276] C.S.J.N., "Zonas Francas Santa Cruz S.A.", Fallos 332:1367 (2009).

[277] C.S.J.N., "IMSA MICSA", Fallos 332:2801 (2009).

Pese a tales consideraciones, corresponde puntualizar que la Ley Nº 26.944, que regula la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos en el ámbito federal argentino, establece -en su artículo 5- que *"[l]a responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante"*, en conformidad con lo previsto por el artículo 12 del Decreto delegado Nº 1023/01 y por el artículo 95 del Decreto reglamentario Nº 1030/16.

Antes de la sanción de tales normas, en casos de responsabilidad estatal por actividad legítima, la discusión se centraba en si correspondía o no aplicar con fuerza expansiva las previsiones del artículo 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones[278], ya que -de aceptarse tal posición- no correspondía el reconocimiento del lucro cesante[279]. Ahora, tras la entrada en vigencia del Decreto delegado N° 1023/01 y la Ley Nº 26.944 (que constituye la primera regulación legislativa en materia de Derecho Público en la que se aborda de manera general y orgánica la responsabilidad del Estado[280]), se excluye expresamente a ese rubro específico. Cuestión que podría incitar al debate si se analiza a la luz de ciertos postulados convencionales, toda vez que el Pacto San José de Costa Rica (aprobado por Ley N° 23.054) -en sus artículos 21 y 63- apunta a la noción de *"justa indemnización"*; la cual -conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- debe ser *"adecuada, pronta y efectiva"*, ya que configura una de las *"medidas mediante las cuales el Estado puede cumplir con el objetivo de lograr un justo equilibrio entre el interés general y el interés particular"*[281].

Sin perjuicio de lo expuesto, es dable resaltar los lineamientos de la Ley española N° 9/2017, en la medida que prevé, en su artículo 280, para el caso de revocación por razones de interés público de contratos de larga duración, la inclusión de los beneficios futuros que dejase de percibir el contratista.

Por otra parte, la indemnización plena del daño emergente y lucro cesante es la solución del derecho francés que sostiene la rescisión unilateral como prerrogativa exorbitante del Estado[282], salvo en aquellos casos donde -de manera expresa- se convenga una cláusula contractual que justamente establezca que la persona responsable

---

[278] *"La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse.* ***No se pagará lucro cesante****. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses"*. Lo resaltado es propio.

[279] LEGARRE, Catalina, "Revocación por oportunidad", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los contratos públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 102.

[280] PERRINO, Pablo, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 1.

[281] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Salvador Chiriboga", sentencia del 6 de mayo de 2008.

[282] MAIRAL, Héctor Aquiles, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,* ob. cit., p 675.

del contrato pueda poner fin al mismo sin indemnización y en cualquier momento por decisión de rescisión[283].

A tenor de todo lo expuesto, entendemos que la normativa federal argentina vigente, en tanto desestima toda indemnización por lucro cesante, podría incurrir -en determinados casos- en soluciones injustas, pues la reparación necesariamente debe ser representativa de los perjuicios sufridos por el contratista particular, manteniendo la incolumidad de su patrimonio, en consonancia con pautas constitucionales[284] y convencionales[285], tal como se desprende de los artículos 1[286], 2[287], 21 -apartado 2-[288] y 63 -apartado 1-[289] de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, de jerarquía

---

[283] Consejo de Estado francés, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 19-12-2012, 355139.

[284] Dado que los artículos 14 y 17 garantizan la inviolabilidad del derecho de propiedad, mientras que el artículo 16 consagra el principio de igualdad ante las cargas públicas, y el artículo 28 que estatuye el principio de razonabilidad de los actos estatales. Ello, sumado al criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia por el que -de los extremos del artículo 19 de la Carta Magna- surge el principio que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de terceros, conocido como el principio *alterum non laedere* (C.S.J.N., "Günther", Fallos 308:1118, 1986; "Lew", Fallos 320:1996, 1997; "Gorosito", Fallos 325:11, 2002; "Morea", Fallos 327:857, 2004; y "Aquino" Fallos 327:3753, 2004; "Bernald", Fallos 331:1488, 2008; "Rodríguez Pereyra", Fallos 335:2333, 2012).

[285] PERRINO, Pablo, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, ob. cit., p. 3. No olvidemos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe *"servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana"* (C.S.J.N., "Giroldi", Fallos 318:514, 1995). En efecto, la Corte dispuso que *"la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"* (C.S.J.N., "Mazzeo", Fallos 330:3248, 2007), añadiendo -luego- que *"la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"* (C.S.J.N., "Videla", Fallos 333:1657, 2010).

[286] *"Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano"*.

[287] *"Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuvieren garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"*.

[288] *"Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley"*.

[289] *"Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá*

constitucional a tenor de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución argentina[290].

I.6. Potestad de modificar el contrato por razones de interés público ("*potestas variandi*")

Muy distinta a las anteriores es la potestad de modificación unilateral contractual, que le permite a la Administración variar el contenido del acuerdo, bajo estrictas razones de interés público, motivadas por necesidades nuevas e imprevisibles[291], tal como se consagrara en el Derecho francés a partir del arrêt *"Union des transports publics urbains et régionaux"* del Consejo de Estado galo[292]. De este modo, evidenciamos que el contrato administrativo carece de la rigidez inmutable del típico contrato de Derecho Privado[293].

En el Derecho Administrativo, la regla general de la inmutabilidad del contrato (predominante en el Derecho Privado), ofrece la versión de la inmutabilidad del fin[294], para lo cual se instrumenta una especial potestad: la *potestas variandi*. Cuestión que la doctrina científica destaca como una prerrogativa aplicativa con criterio interpretativo

---

asimismo si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de ir a medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

[290] *"Corresponde al Congreso: (…) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".*

[291] COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 445.

[292] MAIRAL, Héctor Aquiles, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 109. Si bien los primeros indicios datan de 1902 (Consejo de Estado francés, "Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-Les Rouen", 10.01.1902; https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/ce-10-janvier-1902-compagnie-nouvelle-du-gaz-de-deville-les-rouen).

[293] BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 347.

[294] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 747.

extensivo en el vasto campo de nuestra disciplina[295], que modula y singulariza específicamente al contrato administrativo[296].

Por ello, en la medida que exista la necesidad de introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato celebrado, por causas imprevistas debidamente justificadas[297] y con sustento en el interés general comprometido, se habilita la utilización de esta prerrogativa estatal irrenunciable[298], que puede incidir sobre las condiciones de ejecución del contrato, plazos y prestaciones.

En este sentido, la inmutabilidad del contrato (principio del *contractas lex*[299]) se ve así matizada, coloreada administrativamente, por la -ya referida- inmutabilidad del fin[300]. Empero, el principio de mutabilidad y flexibilidad contractual[301] debe encontrar su fundamento -y también sus límites- no solo en la misma finalidad del interés público, sino principalmente en la documentación contractual aplicable. Al respecto, resulta ilustrativa -en el ámbito de la Unión Europea- la Directiva 2014/24/UE, cuyo artículo 72, inciso a)[302] preestablece que las modificaciones a ejecutarse en el ámbito del

---

[295] GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado*, ob. cit. p. 914.

[296] RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p. 805.

[297] Si bien son diversas las causas por las que la Administración puede alterar una relación contractual (incluyendo, en un sentido amplio, todas las que originan una alteración de las condiciones originarias, entre ellas: dificultades materiales imprevistas, revisión de precios, teoría de la imprevisión, fuerza mayor, caso fortuito, hecho del príncipe, etc.), lo cierto es que, para el caso de la prerrogativa modificatoria, la voluntad de la Administración no se origina en un hecho ajeno a las partes (SACRISTÁN, Estela, *Ius variandi y modificación de precios en los contratos administrativos*, Revista RAP Nº 219, Ediciones RAP, Buenos Aires, 1996, p. 5), sino que surge de la necesidad de acomodar el contrato en función del objeto contractual y de adaptarlo a las nuevas realidades (IVANEGA, Miriam Mabel, "El ius variandi y sus límites", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014, p. 46).

[298] VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Universidad de Madrid, sec. Publicaciones, Madrid, 1969, p. 172; BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, Tomo III, ob. cit., p. 1065; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 306; LUQUI, Roberto Enrique, "La modificación ("ius variandi") del contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los contratos públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 9.

[299] De nada serviría obligar a la comunidad a soportar un objeto contractual mal planteado *ab initio* por un simple respeto al *contractus lex*. Al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *ius variandi* se consolida (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 745).

[300] VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 361.

[301] WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 93.

[302] *"Modificación de los contratos durante su vigencia 1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes: a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles*

Derecho Comunitario europeo deben encontrarse delimitadas previamente de modo claro, preciso e inequívoco, señalando su alcance, naturaleza y condiciones sin que en ningún caso puedan alterar la naturaleza global del contrato.

En este orden de ideas, bajo estrictas razones objetivas, y conforme a los límites jurídicos previstos, la Administración puede alterar determinados lineamientos del contrato. Siempre con su debida motivación, por la aparición de necesidades no contempladas antes de la perfección del acuerdo, con justificación en el interés público comprometido y en un marco de razonabilidad[303]. Por tales razones, queda claro que la aplicación de esta prerrogativa se familiariza con aquellos acuerdos de larga duración[304] (tales como en la concesión de servicios públicos, de obra pública o de concesión de obra pública, o de algunos suministros en particular).

Por su parte, cabe consignar que la aplicación de esta prerrogativa conlleva ineludiblemente la aceptación obligatoria para el contratista en la medida en que se ejerza dentro de los propios márgenes que el ordenamiento positivo determine, en términos adecuados y proporcionales a la causa que lo motiva.

Asimismo, esta prerrogativa -sin duda la más espectacular en apariencia de todas las que contiene el régimen administrativo contractual, en cuanto rompe abiertamente con el principio general de intangibilidad unilateral de los contratos[305]- está sometida a límites de diversa índole, tales como: (i) procedimentales; (ii) materiales (referidos a los topes porcentuales máximos que se pueden imponer obligatoriamente al contratista. En el ámbito federal argentino el Decreto delegado N° 1023/01 establece tales límites -en más o en menos- al 20%[306] del valor contractual[307]); y (iii) económicos, consistentes en

---

modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco".

[303] ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 172. En consecuencia, podemos señalar que, si bien la potestad de variación justifica que los parámetros iniciales establecidos en los Pliegos puedan experimentar adaptaciones, ello no puede implicar un cambio sustancial de las bases. Atendiéndose a la magnitud de la operatoria de que se trate o a la alta complejidad técnica de la contratación, las consecuentes adecuaciones de los pliegos deben sujetarse y limitarse a la razonabilidad ínsita en el accionar administrativo (IVANEGA, Miriam Mabel, *El ius variandi y sus límites*, ob. cit., p. 49).

[304] PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Exorbitancia de las prerrogativas de la Administración en los contratos*, ob. cit., p. 203. Al respecto, la jurisprudencia del Supremo Tribunal de la Provincia de Mendoza señala que todo contrato de larga duración se encuentra *"sometido a permanentes mutaciones, ya que las propias partes suponen que habrá cambios a lo largo del tiempo. En estos contratos el objeto es una envoltura, un cálculo probabilísitico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que, de lo contrario, toda fijación estática produce la inadaptabilidad del contrato y atenta contra su naturaleza"* (S.C.J.M., "DIMARIAS S.A.", CUIJ N° 13-02123286-0 [012174-11106301], 20.10.2015).

[305] SANTANMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, ob. cit., p. 231.

[306] Cuestión criticada por Mairal, en cuanto señala que la facultad de modificación unilateral pareciera conferirse sin límite en cuanto a los aspectos del contrato sobre los que puede incidir en la medida que no se supere el tope económico del 20% del valor del acuerdo (MAIRAL, Héctor Aquiles, *La teoría del*

el deber de la Administración de compensar al contratista por la alteración económica que la modificación le suponga.

Respecto del ejercicio de esta prerrogativa y la oportunidad para ejercerlas, la Procuración del Tesoro de la Nación dictaminó que:

"La facultad de ampliar o disminuir en un 20% (veinte por ciento) el monto total del contrato -que le confiere a la autoridad administrativa el Artículo 12, inciso b), del

---

contrato administrativo a la luz de las recientes normativas, Revista La Ley, Suplemento especial El Contrato Administrativo en la actualidad, Buenos Aires, 2004, p. 10).

[307] El artículo 12, inciso b), del Decreto delegado N° 1023/01 dispone que *"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: (...)b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un VEINTE POR CIENTO (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos".* Fuera de ese porcentaje, se necesitará del consentimiento por parte del contratista. Caso contrario, tendrá derecho a requerir la rescisión sin culpa del acuerdo. Por su parte, el Decreto reglamentario N° 1030/16 -en su artículo 100- dispone que, con excepción de los detallados en su artículo 3 (entre los que se encuentran los contratos de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias, entre otros), *"[e]l derecho de la jurisdicción o entidad contratante respecto de la prórroga, aumento o disminución de los contratos, en los términos del artículo 12 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, se sujetará a las siguientes pautas: a) Aumentos y Disminuciones: 1. El aumento o la disminución del monto total del contrato será una facultad unilateral de la jurisdicción o entidad contratante, hasta el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el inciso b) del citado artículo 12. En los casos en que resulte imprescindible para la jurisdicción o entidad contratante, el aumento o la disminución podrán exceder el VEINTE POR CIENTO (20%), y se deberá requerir la conformidad del cocontratante, si ésta no fuera aceptada, no generará ningún tipo de responsabilidad al proveedor ni será pasible de ningún tipo de penalidad o sanción. En ningún caso las ampliaciones o disminuciones podrán exceder del TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) del monto total del contrato, aún con consentimiento del cocontratante. 2. Las modificaciones autorizadas en el inciso b) del artículo 12 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, deberán realizarse sin variar las condiciones y los precios unitarios adjudicados y con la adecuación de los plazos respectivos. 3. Los aumentos o las disminuciones podrán incidir sobre, uno, varios o el total de los renglones de la orden de compra o contrato. En ningún caso el aumento o la disminución podrá exceder los porcentajes antes citados del importe de los renglones sobre los cuales recaiga el aumento o la disminución. 4. El aumento o la disminución de la prestación podrá tener lugar en oportunidad de dictarse el acto de adjudicación o durante la ejecución del contrato, incluida la prórroga en su caso o, como máximo, hasta TRES (3) meses después de cumplido el plazo del contrato. 5. Cuando por la naturaleza de la prestación exista imposibilidad de fraccionar las unidades para entregar la cantidad exacta contratada, las entregas podrán ser aceptadas en más o en menos, según lo permita el mínimo fraccionable. Estas diferencias serán aumentadas o disminuidas del monto de la facturación correspondiente, sin otro requisito. 6. La prerrogativa de aumentar o disminuir el monto total del contrato no podrá en ningún caso ser utilizada para aumentar o disminuir el plazo de duración del mismo"*. En este sentido, se advierte que el reglamento establece ciertas previsiones que parecen ir más allá de las disposiciones y autorizaciones que enuncia el decreto delegado, configurando un verdadero exceso reglamentario (RODRÍGUEZ, María José, *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/2012*, Ábaco, Buenos Aires, 2013, p. 127). Sobre esta temática, el Máximo Tribunal federal argentino sostiene el criterio por el cual, a fin de comprobar la existencia de un exceso reglamentario, debe considerarse la armonización del texto de las normas de rango superior con las de índole inferior y verificar así si no se contraría el espíritu y finalidad de las primeras (C.S.J.N., "Hidroeléctrica Alicurá S.A.", Fallos: 330:2932, 2007).

Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional- es independiente de que esa atribución haya sido incorporada al Pliego de Bases y Condiciones Particulares que rigió el llamado, ya que, por tratarse de la normativa vigente, es de aplicación obligatoria en materia de contrataciones públicas. (…) cabe recordar que tanto para proceder a la ampliación o modificación del monto del contrato como a su prórroga es requisito necesario que aquél esté en vías de cumplimiento"[308].

De tal modo, se procura evitar que mediante la modificación del contrato se defrauden los principios basales de la materia que nos ocupa: juridicidad, igualdad[309], concurrencia, publicidad y razonabilidad. Máxime cuando la Administración debe ser *"franca, leal y pública en sus actuaciones"*[310] y que la actuación administrativa debe ser racional, justa, igual y proporcional[311], pues se encuentra *positivamente* sometida al ordenamiento jurídico[312].

Por tales razones, entendemos que la regla general en materia de contratación administrativa se enlaza al estricto cumplimiento de los principios correspondientes al *lex inter partes*[313] o *contractus lex*, buena fe[314] y al *pacta sunt servanda*. Ahora bien, en la medida que concurran en un contrato puntual causas justificantes que -en vinculación con el interés público comprometido[315]- habiliten y justifiquen la aplicación de la prerrogativa modificatoria, corresponderá la emisión del acto administrativo pertinente que determine las variaciones objetivas pertinentes.

---

[308] P.T.N., Dictámenes 281:322.

[309] C.S.J.N., "Chubut", Fallos 324:4199 (2001); C.N.A.C.A.F., Sala IV, "Liberman", El Derecho, serie especial de Derecho Administrativo, 2001.

[310] C.S.J.N., "Ocampo", Fallos: 10:203 (1871).

[311] C.S.J.N., "El Panamericano S.A.C.I.", Fallos 304:721 (1982).

[312] C.S.J.N., "Serra", Fallos 316:2454 (1993); "Rizzo", Fallos 336:760 (2013).

[313] El cual, como reconoce la jurisprudencia española, es *"un axioma jurídico nunca discutido que los contratos son ley para las partes contratantes, las cuales vienen obligadas por su coincidente voluntad al cumplimiento de sus prestaciones respectivas, y a asumir las cargas que se estipularon, los riesgos posibles y las ventajas que pueden obtenerse sin que ninguna de dichas partes pueda impedir ni participar en las ganancias que la otra legítimamente consiga, de lo cual se deduce que la observancia estricta de las cláusulas aceptadas es lo que constituye la regla general en la vida del contrato y su perfecta ejecución y normalidad"* (Sentencia del Tribunal Supremo español, del 12.03.1953, citada en PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, "El equilibrio económico de los contratos públicos", en GIMENO FELIÚ, José María [director], *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Pamplona, 2012, p. 516).

[314] *"El principio cardinal de la buena fe hace exigible, por un lado, a la administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar, y como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público"* (C.S.J.N., "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A.", Fallos 325:1787, 2002).

[315] La Procuración del Tesoro de la Nación ha justificado la ulterior modificación de las condiciones previstas en un contrato, si se podía poner en riesgo su cumplimiento, y con él, el de los objetivos tenidos en cuenta por la Administración al momento de suscribir el acuerdo (P.T.N., Dictámenes 159:326; 217:115).

Al formular la crítica a la teoría general del contrato administrativo, Mairal apuntó que *"afirmar que en los contratos administrativos rige la regla pacta sunt servanda y agregar a renglón seguido que las relaciones que emanan de dichos contratos son por principio mutables, es incurrir en una figura cercana al oxímoron"*[316]. Dicha cuestión fue rebatida nada menos que por Cassagne, quien -con suma claridad- señaló que lo verdaderamente esencial es el mantenimiento y prevalencia del fin contractual, pues la inalterabilidad del fin se articula con el *pacta sunt servanda* como un principio institucional dogmático que confiere sentido y razonabilidad a la modificación contractual[317].

La Corte Suprema argentina sostuvo que la modificación unilateral estatal debe analizarse a la luz del interés público comprometido en el caso[318]. Bajo este enfoque, el Máximo Tribunal sostiene que los contratos administrativos *"constituyen una ley para las partes; en ellos el principio es* ***siempre*** *el cumplimiento de lo pactado (pacta sunt servanda), y la modificación unilateral llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede ser justificada a la luz de lo expresamente dispuesto en el (…) Código Civil"* [319]. Lo resaltado es propio.

Así, el Cimero Tribunal advierte que el principio de la mutabilidad sólo puede abrirse paso en la medida en que se acrediten las circunstancias de necesidades sobrevinientes que fundamentan la variación contractual. Y, con ello, se reconoce -aunque no surge expresamente del criterio de la Corte- la atribución de los jueces para verificar su concreta presencia y justificación[320].

---

[316] MAIRAL, Héctor Aquiles, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,* ob. cit., p. 666. Asimismo, el citado autor, en un momento previo a la vigencia del Decreto delegado N° 1023/01, se preguntó *"si se justifica recurrir a una teoría que pone en tela de juicio el principio fundamental de la institución contractual, cuando la totalidad de las situaciones que se presentan y que parecen requerir un apartamiento de la regla pacta sunt servanda pueden relacionarse mediante otras explicaciones más limitadas. En efecto, los contratos donde más se manifiesta el fenómeno de la modificación unilateral son los de la concesión de servicios públicos y de la construcción de obra pública. Pues bien, en cada uno de ellos existen razones específicas que justifican tal facultad administrativa, sin necesidad de invocar la mutabilidad como una característica general de la contratación pública"* (MAIRAL, Héctor Aquiles, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, ob. cit., p. 113).

[317] CASSAGNE, Juan Carlos, *Un intento doctrinario infructuoso. El rechazo de la figura del contrato administrativo,* ob. cit. 783; DE SOLAS RAFECAS, José María, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 42.

[318] C.S.J.N., "Pradera del Sol", Fallos 327:5756 (2004); "Marocco", Fallos: 312:84 (1989).

[319] C.S.J.N., "Necon", Fallos 314:491 (1991); "Montes", Fallos 315:1760 (1992); "Pradera del Sol", Fallos 327:5756 (2004). En tales términos, Coviello señala que, mediante la utilización del adverbio "siempre", la Corte argentina parecería proponer una preeminencia del principio *lex inter partes* en materia de contratos administrativos (COVIELLO, Pedro, *El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?,* Derecho PUCP, N° 66, Lima, 2011, p. 194). Cuestión que compartimos, pues opera como regla general.

[320] MERTEHIKIAN, Eduardo, *Los contratos administrativos como fuente del Derecho Administrativo*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 368, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 11.

En razón de lo expuesto, estimamos conveniente el diálogo armónico entre las nociones de *pacta sunt servanda* y *potestas variandi*, considerando que la prerrogativa esbozada deviene excepcional y de interpretación restrictiva[321], pues sólo resulta admisible y procedente su aplicación cuando, ante la previsión normativa en la documentación contractual, objetivas razones de interés general motivan la modificación de lo acordado, a los efectos de preservar los fines públicos involucrados[322].

Bajo tales premisas, resulta interesante mencionar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir del fallo "Succhi di Frutta"[323], en cuanto determina que la modificación del contrato es posible si: (i) tal posibilidad está expresamente prevista en los pliegos de licitación o demás documentos contractuales; (ii) obedece a circunstancias imprevistas en el momento de la licitación, siempre y cuando no se alteren las condiciones esenciales del contrato. Caso contrario, es necesario proceder a un nuevo procedimiento licitatorio[324]. Asimismo, a fin de cumplimentar con la exigencia de que la modificación debe estar prevista en los pliegos, el Supremo Tribunal europeo dispuso que no basta con que éstos contengan una mera remisión a la normativa aplicable, pues ello sería insuficiente para dar cabal cumplimiento a los principios de igualdad de trato y transparencia, puntualizando que la referencia que tales documentos realicen a nuevas necesidades deben rechazarse, por violentar el ordenamiento comunitario europeo en la medida que permitiría a la entidad adjudicadora modificar -a su exclusivo arbitrio- las propias condiciones de licitación durante la fase de ejecución[325].

II.- LAS TÉCNICAS DE GARANTÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

Como contracara de las prerrogativas enunciadas[326], e incluso para otros supuestos vinculados con desequilibrios anormales y extraordinarios en la economía del acuerdo producidos por acontecimientos de índole extracontractual[327], corresponde

---

[321] COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 446. En este sentido se ha expedido la jurisprudencia española (Sentencia del Tribunal Supremo del 11.04.1984).

[322] COVIELLO, Pedro, *El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?*, ob. cit., p. 194.

[323] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, del 22.04.2010 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0496&from=ES).

[324] AYMERICH CANO, Carlos, "Crisis económica y contratación pública", en PERNAS GARCÍA, Juan José (director), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 120.

[325] Sentencia del Tribunal General, Sala Octava, del 03.01.2013 (http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133182&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2752839).

[326] La configuración de un régimen de garantías en protección del contratista se instituye justamente para compensar el peso de las prerrogativas de poder público (CASSAGNE, Juan Carlos, *Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo*, ob.cit., p. 796).

[327] GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado*, ob. cit. p. 936.

realizar especiales referencias -producto su relevancia estructural- a las garantías de los contratistas particulares, como técnicas correctoras tendentes al mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato.

Mediante su aplicación, se pretende asegurar la estabilidad y la sustentabilidad del esquema económico que el particular tuvo presente al momento de formular su oferta y formalizar el contrato celebrado, procurando mantener incólume el equilibrio económico financiero del acuerdo, al subsanar ciertas consecuencias económicas anormales frente a una serie de fenómenos puntuales, ya sean contractuales o extracontractuales, que afectan en forma cierta, directa y especial la economía general del contrato administrativo concertado, tornando gravosa su ejecución para el contratista particular. Veamos.

A pesar de sus peculiaridades, todas las teorías elaboradas y fórmulas instituidas por el Derecho Administrativo para resguardar el equivalente sinalagmático contractual entre las prestaciones de las partes reconocen un fundamento común que revela valores de justicia en conjunción con la especificidad y utilidad del régimen administrativo: el equilibrio entre prerrogativas estatales y garantías individuales[328]. De este modo, se procura preservar la intermitencia de las funciones administrativas, pero subsanando los mayores y especiales sacrificios económicos que caen en cabeza del contratista como consecuencia de la aplicación de determinadas prerrogativas estatales, o incluso de determinados acontecimientos económicos extraordinarios, en la medida que el sistema de contratación aplicable lo permita[329].

---

[328] Como indicáramos en los acápites anteriores, el régimen exorbitante que informa el ejercicio de la función administrativa se integra con prerrogativas y garantías igualmente valiosas, por lo que se reitera la adhesión a una visión servicial y no opresiva de tales prerrogativas públicas y a una concepción solidaria de los derechos individuales (COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., ps. 17-18).

[329] Cabe traer a colación la regulación, por ejemplo, de los contratos de participación público-privada, en la medida que menciona expresamente la necesidad de preservar la ecuación económico financiera del acuerdo. Justamente, el artículo 9, punto 7 del Anexo I del Decreto N° 118/17 (reglamentario de la Ley N° 27.328) estipula que *"[e]l Contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el Pliego, su ecuación económico-financiera original cuando ésta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello, en los términos contemplados en el Pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la Parte afectada, ésta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se lo hubiera previsto en el Pliego. Se considerará que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el Pliego y en el Contrato PPP"*. Empero, cabe destacar que dicha regulación normativa establece que *"[l]os contratos de participación público-privada constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el decreto 1023/2001 y sus modificatorias"*, mientras que su artículo 31 estipula que *"[a] las contrataciones sujetas a la presente ley no les serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica: a) Las leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias; b) El decreto 1.023/2001 sus modificatorias y su reglamentación; c) El artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación; d) Los artículos 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias"*.

Si bien la noción del equilibrio financiero fue alumbrada por el Consejo de Estado francés en el asunto *"Cie. Française des Trammways"* del 11 de marzo 1910[330], corresponde en la actualidad sistematizar que el contrato administrativo puede ser alterado por determinadas causas concretas[331], a saber:

(i) una atribuible al Estado contratante, con incidencia directa y específica sobre el acuerdo propiamente dicho, producto de: (a) un incumplimiento a las obligaciones específicas asumidas (constituyendo un caso de responsabilidad contractual), o (b) por introducir modificaciones imprevistas al acuerdo, en ejercicio legítimo de la prerrogativa del *ius variandi*[332];

(ii) otra también imputable al Estado, pero no por un obrar administrativo en el seno de la relación contractual, sino mediante una actividad de alcance general, externa al contrato, produciendo efectos que inciden en el desarrollo del acuerdo, sea de manera refleja o -incluso- hasta directa[333]; y -finalmente-

(iii) por causas ajenas a las partes contractuales, sea: (a) tras configurarse trastornos en el mercado o en la economía en general, debido a circunstancias extremas, por el juego de leyes económicas y factores de esta índole (incontrolables por la Administración), que al incidir sobre el contrato, lo tornan más oneroso de lo que razonablemente pudo preverse, o bien por (b) hechos de la naturaleza o de terceros (no vinculados a las partes), a modo de caso fortuito o fuerza mayor, que imposibilitan o dificultan el cumplimiento normal -parcial o total- del acuerdo.

Analicemos tales cuestiones con mayor detenimiento.

II.1. Supuestos vinculados a una actividad estatal

Podemos -esquemáticamente- sostener que el Estado contratante puede incidir directamente en la economía del contrato obrando de tres maneras disímiles, sea mediante (i) una decisión expresa, encaminada a modificar el objeto contractual, en ejercicio legítimo de la prerrogativa del *ius variandi*; (ii) mediante una conducta ilegítima, promoviendo el incumplimiento a las obligaciones prestacionales asumidas; o bien (iii) mediante la emisión de un acto administrativo de alcance general que, sin

---

330 En aquella oportunidad se expresó que *"[e]s de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la* ***honesta equivalencia*** *entre lo que se concede al concesionario y lo que se exige. Es lo que se llama equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato"*. Lo resaltado es propio.

331 MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 363 y ss.; BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 386.

332 Por aplicación de la prerrogativa desarrollada en el punto I.6. del presente capítulo, la cual instituye una imposición unilateral, perfeccionando modificaciones al contrato, que no debe ser confundida con la posibilidad de reajustar o renegociar el contrato de común acuerdo.

333 BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, ob. cit., p. 389.

referirse específicamente al contrato, produce una alteración de sus términos, repercutiendo en la faz de ejecución.

Queda claro que el primero de los puntos enunciados refiere al ejercicio del *potestas variandi*, anteriormente desarrollado. Por ende, frente al ejercicio de dicha prerrogativa, es de toda lógica que se deba velar -a modo de contrapartida- con el mantenimiento de la ecuación económica del acuerdo (como ejemplo, si en el marco de un contrato de obra pública se dispone la ampliación en un diez por ciento [10%] de determinado ítem, corresponde el incremento proporcional del valor económico a retribuir por ese mismo porcentaje).

El segundo de los supuestos nos remite al campo de la responsabilidad contractual del Estado, en razón de un obrar ilegítimo de la Administración, por lo que se pretende una indemnización integral en cabeza del contratista particular.

Empero, la tercera de las cuestiones aludidas atiende al llamado *factum principis*[334], no acogido expresamente mediante esta terminología por la legislación nacional argentina, pero deducible de ella[335], por lo que su admisibilidad no puede ser objeto de duda alguna.

---

[334] Propia del Derecho Público, ya que las cuestiones que plantea obedecen al doble carácter del Estado: como contratista y, a su vez, como poder público (MAIRAL, Héctor Aquiles, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ob. cit., p. 688).

[335] Si bien calificada doctrina sostiene que la figura fue prevista en el artículo 514 del antiguo Código Civil, como caso fortuito provocado por conductas del Estado (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 365; HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca, "Hecho del príncipe y Teoría de la imprevisión", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014, p. 329), lo cierto es que la noción del *factum principis* es extraíble del artículo 13, inciso c), del Decreto delegado N° 1.023/2001. Al respecto, la Oficina Nacional de Contrataciones dictaminó que el precitado Decreto *"incorporó la figura del "hecho del príncipe", traducida en actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato"*, consignando que *"a partir de un análisis armónico del citado artículo y de los principios generales que rigen las contrataciones públicas pueden identificarse los siguientes requisitos, a fin de admitir su configuración y procedencia: (i) debe tratarse de un acto o incumplimiento de una autoridad pública nacional o de la contraparte pública en el marco de una relación contractual; (ii) la circunstancia detallada en el punto precedente debe revestir tal gravedad que torne imposible la ejecución del contrato. Su acreditación deberá encontrase debidamente documentada por el interesado, con excepción de aquellos actos o incumplimientos cuyos efectos sean de público y notorio conocimiento para el común de la sociedad; (iii) si bien el decreto delegado Nº 1.023/2001 nada dice en relación al momento en que debe ser puesto en conocimiento del organismo, por aplicación del principio de razonabilidad -de raigambre constitucional y especialmente previsto en el decreto delegado Nº 1.023/2001-, esta oficina entiende que la invocación del hecho del príncipe debe efectuarse en tiempo oportuno, es decir, dentro del plazo previsto en el respectivo Pliego de Bases y Condiciones Particulares para el cumplimiento del contrato de que se trate"* (Dictamen O.N.C. Nº 402, del 04.11.2013).

En vinculación a esta última variante, el alea administrativa provocada por la emisión de actos generales[336], por una autoridad pública que puede coincidir o no con la propia que celebró el contrato[337], debe conllevar la imposibilidad de continuar con las prestaciones acordadas, por lo que se consuma la extinción del acuerdo (con su consecuente indemnización, con idénticos alcances a los planteados en el punto I.5. del presente capítulo, al cual nos remitimos). Se entiende que la medida administrativa, de tinte general, es adoptada con absoluta independencia de la relación contractual, más allá de que sus efectos comportan la imposibilidad de que el contratista pueda continuar con las obligaciones asumidas.

Este supuesto también es extensivo a las medidas generales que puedan adoptar órganos o entes administrativos de otra esfera jurídica. Máxime en un sistema federal como el argentino, donde coexisten diferentes ámbitos de poder.

II.2. Supuestos no vinculados a una actividad estatal

Otros escenarios se producen, pese a la inexistencia de una actividad administrativa propiamente dicha, en virtud de cuestiones propias del mercado o de la economía en general, configurando determinadas externalidades que inciden en los lineamientos económicos del acuerdo, alterando el equilibrio diagramado.

Adelantamos que no basta la mera presencia de un alea económica a los fines de que se pueda automáticamente requerir la revisión o reajuste de los términos económicos del contrato. Muy por el contrario, en la medida que el sistema de contratación lo permita, ante un supuesto anormal, imprevisible y extraordinario, que exceda ampliamente del normal riesgo o ventura a los cuales se somete un buen hombre de negocios al momento de encarar un proyecto contractual, y en la medida que las distorsiones económicas o desequilibrios se encuentren fehacientemente acreditados, pueden otorgarse ciertas compensaciones transitorias, o bien determinados reajustes o revisiones de los términos del acuerdo, a los efectos de promover su continuidad.

Calificada doctrina[338] determina que este supuesto se enmarca en el ámbito de la responsabilidad extracontractual estatal, y para que el contratista pueda invocarlo, a fin de obtener la compensación respectiva (o eventuales reajustes o revisiones), se requiere ineludiblemente que:

(i) el alea sea de índole económica o financiera (tras un acontecimiento propio de la economía o del mercado), que excede a la conducta de las partes contratantes;

---

[336] CASSAGNE, Juan Carlos, *El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo*, Revista de Derecho Administrativo, Nº 1, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 32; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 368.

[337] MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 372.

[338] VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 405; CASSAGNE, Juan Carlos, *El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo*, ob. cit., p. 32.

(ii) provocando una excesiva onerosidad sobreviniente en los términos del acuerdo y en desmedro del contratista particular[339], tras una alteración económica sustancial, anormal, imprevisible, extraordinaria, grave y fatal a la economía contractual[340], aunque de manera transitoria o temporaria[341] (tal como interpretara el Consejo de Estado francés a partir del caso de la Compañía de Tranvías de la ciudad de Cherburgo, del 9 de diciembre de 1932[342]);

(iii) excediendo del alea normal de todo contrato y de los principios de riesgo y ventura;

(iv) evidenciándose una relación directa y adecuada de causalidad con la alteración de la ecuación del contrato;

(v) que produzca un daño cierto y especial, en el sentido de que afecte más intensamente al contratista particular que al resto de la comunidad[343], cuyas consecuencias resultan asimilables a la imposición de cargas públicas[344], y -finalmente-

(vi) que ello se encuentre debidamente justificado o acreditado en el marco del procedimiento administrativo respectivo, requerido e invocado a instancia del contratista particular[345].

Es cierto que la materialización del hecho generador del desequilibrio económico puede conllevar soluciones diversas, pero -reunidos los elementos precitados y en la medida que el sistema de contratación lo permita- el restablecimiento o restauración del equilibrio económico contractual debe ser debidamente analizado, procurando concertar la satisfacción de las necesidades públicas comprometidas.

La excepcionalidad y gravedad de las circunstancias económicas que pueden dar lugar a la aplicación de esta técnica justifica los motivos por los cuales los ordenamientos jurídicos continentales se hayan mostrado harto remisos a la hora de acogerla en sus textos legales. En especial si se consideran las grandes aristas que nuclean la teoría, las cuales deben observarse en cada caso en concreto, en conjunción con el sistema de contratación escogido.

---

[339] La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la teoría de la imprevisión restablece el equilibrio del contrato reconociendo una recomposición que elimine la excesiva onerosidad sobreviniente a su celebración (P.T.N., Dictámenes 203:201).

[340] C.S.J.N., "Oks Hnos. y Cía.", Fallos 266:61 (1966).

[341] De lo contrario, se estaría frente a la existencia de un caso de fuerza mayor, con todas las consecuencias atribuidas a ésta (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, ob. cit., p. 400).

[342] JÈZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Tomo V, ob. cit., p. 83.

[343] CASSAGNE, Juan Carlos, *El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo*, ob. cit., p. 35.

[344] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 266.

[345] CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 109.

Esta teoría de la imprevisión fue incorporada en el ámbito del Derecho Administrativo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, mediante el fallo *"Compagnie Genérale d´Éclairage de Bordeaux"* del 30 de marzo 1916, configurando su aplicación sólo ante el acaecimiento de un alea extraordinaria, que frustra todos los cálculos que las partes pudieron hacer al momento de contratar y que sobrepasa los límites que las partes normal y razonablemente pudieron prever, provocando una grave perturbación económica del contrato[346].

En esta línea de pensamiento, cabe señalar -como ejemplo- que en contratos como los de obra pública, las circunstancias sobrevenidas que alteran la economía del contrato suelen corregirse a través de la técnica de revisión de precios[347], que permite una adecuación del valor fijo contemplado en el contrato, a las variaciones que experimentan los diversos componentes (materiales, mano de obra, etc.) que sirvieron al contratista para calcular su oferta, mediante la utilización de "fórmulas tipo" o fórmulas polinómicas.

En fin, la teoría de la imprevisión no implica necesariamente que el Estado deba devengar la totalidad de las compensaciones que resulten del hecho sobrevenido, sino que lo que impone es un reparto razonablemente equitativo de las cargas económicas, de modo que ambas partes contribuyan al restablecimiento del equilibrio contractual de una forma acorde con las obligaciones que contrajeron[348], permitiendo continuar así con la ejecución del contrato.

Si bien el contratante particular debe cargar y asumir el alea normal, propia de cualquier riesgo empresario previsible en toda negociación, no cabe atribuirle que soporte los efectos de un alea anormal, que desequilibre la economía del convenio y que lo prive de su razonable contraprestación, dentro de una equivalencia honesta entre derechos y obligaciones[349]. De lo contrario, los contratistas del Estado sufrirían una carga pública extremadamente desigual, pues el sacrificio especial nunca les sería compensado[350], pese a incidir sobre ellos *"una carga que no pesa sobre las demás personas"*[351].

---

[346] DE LAUBADÈRE, André, *Traité des Contrats Administratifs*, Tomo II, Librairie genérale de droit et de jurisprudence, París, 1983, p. 637.

[347] Proyectándose sobre las variaciones o ajustes de precios de los bienes involucrados en la obra contratada, que alteren lo acordado en el contrato, como consecuencia de incrementos o disminuciones en los costos causados por diversos efectos (sean leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, contrataciones colectivas de trabajo, entre otras disposiciones gubernamentales, así como aquellas producidas por efectos de la inflación u otro factor económico externo a las partes).

[348] MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XIII, ob. cit., p. 180.

[349] ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, ob.cit., p. 177.

[350] CASSAGNE, Juan Carlos, *El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo*, ob. cit., p. 32.

[351] BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 460.

CAPÍTULO III

LA INVALIDEZ EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

I.- NOCIONES GENERALES

Para que un contrato administrativo pueda surtir legítimamente efectos jurídicos, el mismo debe resultar válido y eficaz. Si bien la doctrina no es pacífica respecto de la distinción o caracterización del sistema de validez, producto -en buena medida- de carencias terminológicas en las normas aplicables, sumado a la polivalencia semántica[352], a los fines de la presente obra asociamos al término *validez* en el ámbito contractual con la presencia efectiva de los elementos esenciales del acuerdo administrativo. En consecuencia, ante la ausencia de uno o varios de tales componentes, o frente a la existencia de vicios graves en dichos elementos, entendemos que el acuerdo resulta inválido, atento su ilegitimidad.

Al analizar el acto administrativo, Santamaría Pastor afirma que *"la invalidez es una calificación puramente teórica, derivada de la constatación de un desajuste entre la estructura real del acto y la estructura del tipo normativo"*[353], por lo que dicho acto -tras la declaración pertinente- carece de exigibilidad jurídica[354], justamente porque el ordenamiento considera que el desajuste estructural aludido no resulta pasible de ser protegido.

Entendemos que dicho silogismo resulta plenamente trasladable al plano contractual; evidenciándose una inescindible relación entre los requisitos esenciales del acuerdo y el régimen de invalidez[355], y en el eventual e hipotético supuesto de que se

[352] DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1971, p. 462.

[353] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho Público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 159.

[354] BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, ob. cit., p. 52.

[355] En paralelo, a los fines del presente trabajo, distinguimos entre invalidez e ineficacia, en tanto esta última noción se perfecciona cuando, pese a reunirse debidamente los presupuestos y elementos básicos del acuerdo, una circunstancia extrínseca y normalmente sobrevenida impide que se desplieguen los efectos propios, tal como sucede con la falta de notificación o de publicación de la actividad administrativa, según corresponda (CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 315).

advierta la existencia de vicios en tales componentes constitutivos, su magnitud o grado de intensidad[356].

Cabe preguntarnos, entonces, cuál es la consecuencia propia de la declaración de invalidez en el sistema federal argentino, especialmente ante la existencia de vicios graves en los elementos constitutivos del acuerdo. Para ello, corresponde efectuar un análisis normativo, conjugando normas federales con diferentes previsiones legislativas de diferentes países iberoamericanos, sumado a la evolución de los criterios aplicables por el Alto Tribunal argentino en la materia.

II.- EVOLUCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO. LA ACTUALIDAD NORMATIVA

Sabemos que la teoría de la invalidez de los actos jurídicos es patrimonio común de la ciencia jurídica, en cuanto esquema de conceptos de la teoría general del Derecho, construida fundamentalmente a partir de las técnicas y conceptos iusprivatistas. Esta cuestión no escapa al Derecho Administrativo, en la medida que el desarrollo y evolución del estudio de la invalidez de la actividad estatal y sus categorías jurídicas devienen -en sus orígenes- de la dogmática civilista, que era el modelo con el que inicialmente contaba el juez del contencioso francés[357].

Tal fue el caso de la experiencia argentina, ya que el análisis de la invalidez administrativa fue lógicamente también desarrollándose sobre la base del sistema civilista, para luego ir mutando, producto de la incorporación de principios jurídicos propios del plano público, provenientes del Derecho comparado o de creaciones vernáculas (tanto legislativas, jurisprudenciales, como doctrinarias), hasta conformar un sistema propio y específico[358].

La evolución argentina puede analizarse diferenciando tres períodos puntuales en vinculación a la figura de la nulidad contractual. Los dos primeros, mediante la aplicación de directrices jurisprudenciales del Alto Tribunal federal (frente a la orfandad de normas específicas), interpretando los lineamientos del antiguo Código Civil; mientras que el tercero período se sustancia con pautas normativas expresas en materia de invalidez contractual.

II.1. Aplicación directa del Derecho Privado

Hasta el año 1941, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina se caracterizó por aplicar directamente las reglas que sobre las nulidades del acto jurídico prescribía el Código Civil[359]. A modo ejemplificativo, citamos el caso *"Arrol Brothers*

[356] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 315.
[357] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 617.
[358] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 305.
[359] BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 515.

Limited y Mec Billing y Cía"[360], por el cual se estableció que -tras la concertación de un contrato sujeto a licitación con alteración de las bases aprobadas por la autoridad competente- tal acuerdo estatal no cumplimentaba con la forma expresamente prescripta por ley, lo que necesariamente acarreaba su nulidad absoluta, aplicando -lisa y llanamente- los postulados del Derecho Privado. También resulta ilustrativo el precedente *"Empresa Constructora P.H. Schmidt"*[361] de 1937, en el que la Corte también aplicó directamente las disposiciones del Código Civil argentino, determinando que *"tal contrato no es el resultado de la mejor postura de la licitación, ni se cumple en su celebración la forma expresamente prescripta por la ley, lo que necesariamente tiene que producir su nulidad"*, invocando los extremos de los artículos 1044 y 1047 del antiguo Código velezano.

II.2. Implementación del método de interpretación analógica como instrumento de integración del ordenamiento administrativo lagunoso

A partir del precedente "Ganadera Los Lagos S.A."[362], se inició una segunda etapa dentro de la jurisprudencia de la Corte, promoviendo la construcción de una teoría autónoma en materia de nulidades en el Derecho Administrativo[363], optando por la aplicación de la técnica de integración por analogía, al adaptar conceptos y criterios generales del Derecho Privado con las particulares modalidades que presenta la rama iuspublicista[364].

Bajo este enfoque, se admitió la aplicación de determinadas reglas civiles en materia de nulidades al Derecho Administrativo, pero *"con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina"*[365].

Dentro de esta segunda etapa, el Alto Tribunal entendió que:

> *"La invalidez de los actos de derecho público ha de enjuiciarse según las normas de la materia iuspublicista sin que a ello se oponga el recurso a las reglas del Código Civil en cuanto éstas guarden congruencia con la naturaleza, fines y garantías propias de*

[360] C.S.J.N., "Arrol Brothers Limited y Mec Billing y Cía", Fallos 97:20 (1903). Sin perjuicio de otros antecedentes de la época en los cuales -a modo de *obiter*- se hizo referencia a la nulidad contractual (C.S.J.N., "Ferrocarriles del Estado", Fallos 132:75, 1920).

[361] C.S.J.N., "Empresa Constructora F.H. Schmidt S.A.", Fallos 179:249 (1937).

[362] C.S.J.N., "Ganadera Los Lagos S.A.", Fallos 190:142 (1941). Si bien apunta a la teoría del acto administrativo, puede proyectarse a diversas categorías jurídicas del Derecho Administrativo.

[363] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 308.

[364] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., ps. 308-309.

[365] C.S.J.N., "Ganadera Los Lagos S.A.", Fallos 190:142 (1941); "Roca Wright", Fallos 205:200 (1946); "Nación Argentina", Fallos 252:334 (1962).

aquellos actos, en modo que las categorías relativas a la invalidez, oriundas de la citada fuente del derecho privado, puedan concebirse como principios generales del derecho"[366].

En idéntico sentido, se sostuvo que:

"Las peculiaridades propias del derecho administrativo no se oponen al criterio distintivo de la nulidad absoluta y la relativa en el derecho civil, basado en que la primera afecta el interés público y la segunda el interés particular de los afectados, ni tampoco a la consecuencia de esa distinción consistente en que la nulidad relativa sólo puede ser solicitada por estos últimos"[367].

Consolidando así la idea de una tarea previa de adaptación de las normas civiles en función de los principios y fines del Derecho Público.

II.3. Sanción de la Ley N° 19.549 y emisión del Decreto delegado N° 1023/01

Mediante la emisión de determinadas normas especiales (a partir de la sanción de la L.N.P.A. y del R.C.A.N.), el sistema argentino receptó expresamente los postulados de la nulidad en el campo de la actividad administrativa, incluyendo -naturalmente- a los contratos.

Este sistema normativo fue acogido por la jurisprudencia del Alto Tribunal federal, declarando que, previo a cualquier construcción analógica con relación a las disposiciones del Derecho Civil, corresponde examinar la validez de la actuación administrativa a la luz del régimen previsto por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos[368], en tanto sostiene que *"la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso"*[369] .

En efecto, los artículos 14[370] y 15[371] de la Ley Nº 19.549 consagran explícitamente a las figuras de la nulidad y de la anulabilidad (como correlativas de la nulidad absoluta y relativa, respectivamente, del Derecho Privado[372]), conformando un

---

[366] C.S.J.N., "Pustelnik", Fallos 293:133 (1975).

[367] C.S.J.N., "Sosa de Basso", Fallos 310:1578 (1987).

[368] COMADIRA, Julio Rodolfo, *La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento*, El Derecho, Tomo 177, Buenos Aires, 1998, p. 750.

[369] C.S.J.N., "S.A. Organización Coordinadora Argentina", Fallos 321:174 (1998).

[370] *"El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos: a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por 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; b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado"*.

[371] "*Si se hubiere incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial".*

[372] COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 423. Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación recepta la figura de la nulidad en el Libro Primero, Título IV, Capítulo 9, entre los artículos 382 y 392, respectivamente.

régimen estricto de Derecho Público. Tales cuestiones deben enlazarse necesariamente con los extremos de los artículos 11, incisos h)[373] e i)[374], 12, inciso a)[375], 24[376] y 36[377] del Decreto delegado Nº 1023/01, y del artículo 1 del Decreto reglamentario Nº 1030/16, el cual prevé que:

> *"Los contratos comprendidos en este reglamento se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, por el presente reglamento y por las disposiciones que se dicten en consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones, por el contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la Ley N° 19.549 y sus modificaciones en cuanto fuere pertinente. Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía".*

De este modo, se puede afirmar que el sistema federal argentino cuenta con un régimen normativo especial en materia de nulidades contractuales administrativas, cuyas causales refieren tanto a la omisión de uno de los elementos esenciales del acuerdo (establecidos en los artículos 7 y 8 de la Ley Nº 19.549), como a la existencia de vicios graves en tales componentes[378].

Similar previsión podemos encontrar en distintos regímenes iberoamericanos. A título ejemplificativo, citamos los casos de España[379], Brasil[380] y Costa Rica[381], en la

---

[373] *"Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario: (...) h) La revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación"*.

[374] *"Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario: (...) i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato"*.

[375] *"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: 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"*.

[376] *"En todos los casos deberán cumplirse, en lo pertinente, las formalidades establecidas por el artículo 11 del presente régimen, bajo pena de nulidad"*.

[377] *"Modifícase el último párrafo del artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, el que quedará redactado de la siguiente forma: Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente"*.

[378] COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo*, ob. cit., p. 76.

[379] El artículo 39 de la Ley española N° 9/2017 apunta a la noción de *"nulidad"*.

[380] El artículo 37 de la Constitución brasileña, como el artículo 59 de la Ley N° 8.666/93 apuntan expresamente al término "nulidad".

medida que apuntan a la noción de nulidad, tal como se profundizará en el presente capítulo.

III.- BREVE CARACTERIZACIÓN DE LA NULIDAD CONTRACTUAL

Una importante variedad de definiciones pueden hallarse sobre el término *"nulidad"*. Identificada como aquella *"sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico"*[382], con énfasis en la materia que nos ocupa se la puede concebir como la sanción legal que, en virtud de la existencia de un vicio en alguno o algunos de los elementos del acto, lo priva de sus efectos propios[383]. De esta manera advertimos el modo en que se intensifica el vínculo dialéctico entre el régimen de invalidez y la debida constatación de cada uno de los elementos o presupuestos estructurales que hacen a la noción contractual[384], los cuales se encuentran normativamente preestablecidos[385].

Se trata, como puede de apreciarse, de un modo de extinción anormal del acuerdo concertado, pues se rescinde invocando razones de ilegitimidad (por existir defectos de magnitud en sus elementos esenciales), expulsándolo del mundo jurídico mediante la declaración de nulidad contractual.

En lo que hace al interés de esta investigación, corresponde analizar las consecuencias de las nulidades absolutas en el plano contractual del ámbito federal argentino. Al efecto, pueden mencionarse las siguientes características fundamentales:

(a) Se presenta ante la ausencia de los elementos esenciales del acuerdo, o la existencia de vicios graves en uno o alguno de ellos, configurando un defecto estructural significativo.

(b) A tenor de lo establecido en los artículos 12[386] y 17[387] de la Ley N° 19.549, la nulidad -en sede administrativa- debe ser declarada de oficio[388] mediante el acto

---

[381] El artículo 3 *in fine* de la Ley costarricense N° 7494 estipula que *"[e]l régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa"*.

[382] BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 376.

[383] COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 187.

[384] Concebidos como aquellos que necesariamente deben concurrir a los fines que pueda considerarse válido. Reforzamos en el ámbito contractual la relevancia de los elementos "forma" y "procedimiento".

[385] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 312.

[386] *"El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta"*.

[387] *"El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa"*.

administrativo correspondiente[389], salvo que el acuerdo se encuentre firme, consentido[390] y hubiere generado derechos subjetivos que estén en cumplimiento, en cuyo caso la Administración debe postular una pretensión anulatoria, acudiendo a la heterotutela judicial[391]; excepto que se demuestre que el contratista particular haya conocido el vicio o patología del acuerdo con antelación[392]. La Corte argentina promueve el criterio de que no resulta viable la aplicación oficiosa de la nulidad de la actividad administrativa en instancia judicial[393], con justificación en el principio de

---

[388] Frente a la comprobación de una grave ilegitimidad (formal o sustancial, ora en la etapa de preparación o formación del acuerdo, ora en el acto de adjudicación o en la suscripción del acuerdo) la autoridad administrativa competente debe declarar -por sí y ante sí- la invalidez de ese contrato y -consiguientemente- disponer su nulidad (SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "La extinción del contrato administrativo: La rescisión por razones de ilegitimidad", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 42), con justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad.

[389] Según se desprende de los artículos 11, incisos h) e i), 12, inciso a), y 36 del Decreto delegado N° 1023/01, y de los artículos 1 y 5 del Decreto reglamentario N° 1030/16.

[390] Sea por consentimiento expreso, tácito (al transcurrir los plazos previstos para recurrir), o bien por no existir más recursos administrativos o judiciales procedentes (COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 101).

[391] Conocida como "acción de lesividad", la cual procede cuando *"se persigue la nulidad judicial de un acto administrativo ilegítimo que no puede anularse en sede administrativa"* (COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 15). Ello, sin embargo, no obsta a la suspensión provisional en sede administrativa de los efectos del acto, según lo habilita el artículo 12 de la Ley N° 19.549. Asimismo, puede requerirse en sede judicial, conjuntamente con la interposición de la acción de lesividad, una medida cautelar suspensiva de los efectos del acuerdo, o -incluso- con anterioridad a la iniciación del juicio de lesividad, mediante una pretensión cautelar autónoma (también conocida como "medida anticipada"), en la medida que se reúnan los requerimientos consagrados en el artículo 16 de la Ley N° 26.854, el cual dispone que *"[e]l Estado nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar la protección cautelar en cualquier clase de proceso, siempre que concurran las siguientes circunstancias: 1. Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad; 2. Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada; 3. Idoneidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal"*.

[392] El artículo 18 de la Ley Nº 19.549 dispone que *"[e]l acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio"*. Por lo que tales lineamientos, sumado a los criterios de los precedentes de la Corte (C.S.J.N., "El Rincón de los Artistas", Fallos 326:3700, 2003; "Almagro", Fallos 321:169, 1998), permiten inferir que tales silogismos resultan extensibles al plano contractual. Es más, conforme al criterio de la Procuración del Tesoro, no es necesario que el contratista haya obrado de mala fe, sino que basta que hubiera tenido conocimiento del vicio (P.T.N., Dictámenes 249:447, 237:512).

[393] Así lo ha sostenido en materia de actos administrativos (C.S.J.N., "Ministerio de Defensa", Fallos 324:1225, 2001; "Morales", Fallos 234:335, 1956; "Ganadera Los Lagos S.A.", Fallos 190:142, 1941). Cuestión que en cierto punto genera algún tipo de discordancia con los criterios sostenidos en la Corte en relación a la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una ley (C.S.J.N., "Mill de Pereyra", Fallos 324:3219, 2001; "Banco de Finanzas", Fallos 327:3117, 2004; "Lapadu", Fallos 327:5723, 2004; "Videla", Fallos 333.1657, 2010; "Rodríguez Pereyra", Fallos 335:2333, 2012).

división de poderes[394] y en razón de la presunción de validez que acompaña a los actos estatales. Por ello, el Cimero Tribunal señala que -al efecto de invalidar un contrato administrativo- *"hace falta una petición expresa de nulidad, habida cuenta que es una condición esencial en la organización de la administración de justicia, con la categoría de Poder, la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio, los actos de la Administración"*[395].

(c) La declaración de nulidad posee -en principio- efectos retroactivos (*ex tunc*) entre las partes. Si bien existe una disposición expresa en este sentido en el Código Civil y Comercial argentino[396], nada obsta a que ello resulta también aplicable -por analogía- al Derecho Administrativo[397]. Justamente, no se advierte una regla expresa en el ordenamiento administrativo federal argentino sobre los efectos de la declaración de invalidez de un acuerdo administrativo. Empero, siguiendo los criterios esbozados por el Alto Tribunal argentino, podría interpretarse que, en determinados casos muy puntuales, y por expresas razones de equidad y de interés público, dicha declaración de nulidad puede no surtir efectos retroactivos[398].

(d) No es susceptible de confirmación ni subsanación o saneamiento posterior.

(e) Una de las consecuencias más significativas de la nulidad contractual es la obligación de restitución que surge, a cargo de cualquiera de los contratantes que hubiera recibido las prestaciones ejecutadas por la contraparte en cumplimiento de ese contrato que se declara ilegítimo[399]. En el Código Civil y Comercial argentino, dicho

---

[394] Al respecto, Comadira critica la autorrestrición judicial de invalidar de oficio los actos administrativos atento al orden público involucrado (COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo*, ob. cit., ps., 78 - 79).

[395] C.S.J.N., "Meridiano", Fallos 301:292 (1979).

[396] La nulidad -según el artículo 390 del Código Civil y Comercial de la Nación- *"vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo"*.

[397] CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 133.

[398] C.S.J.N., "Monges", Fallos 319:3148 (1996). Si bien el fallo aludido se refiere a la declaración de invalidez de un reglamento, con efectos irretroactivos, nada impide extender este supuesto a los contratos administrativos (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ob. cit., p. 133). En este entendimiento, se ha expuesto que pueden morigerarse o suprimirse los alcances retroactivos de la declaración de invalidez, como sucede en el Derecho Comunitario europeo, con fundamento en el principio de seguridad jurídica, ya que esa retroactividad no puede afectar a los terceros de buena fe que adquirieron derechos en base al contrato declarado inválido *a posteriori*, para lo cual resulta esencial determinar si el acuerdo adolece de una nulidad absoluta y manifiesta ya que, en tales casos, quedaría excluida la buena fe del tercero citado (CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., ps. 330-331). En este marco, consideramos que podrían limitarse los efectos retroactivos de la declaración de nulidad contractual en aquellos supuestos en que se encuentre debidamente comprobado que el contratista obró de buena fe, como criterio extensible del pensamiento de Sammartino sobre la teoría del acto administrativo (SAMMARTINO, Patricio Marcelo, *Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho*, EDA, Buenos Aires, 2014, p. 724), al plano contractual, con especial énfasis en cuestiones vinculadas a sectores vulnerables o a situaciones de naturaleza alimentaria.

[399] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant, Valencia, 1995, p. 17.

efecto se encuentra expresamente contemplado en el artículo 390, el cual dispone que la nulidad *"obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido"*. Ahora bien, dicha regla posee un impacto diferente en materia contractual administrativa, pues en el supuesto de determinados acuerdos, especialmente en materia de suministros (bienes fungibles y consumibles), el Estado debería adquirir esos mismos bienes del mercado, para lo cual el cumplimiento en especie de la prestación restitutiva exigiría convocar el procedimiento de selección pertinente que exija el ordenamiento aplicable. Por consiguiente, el cumplimiento específico de la prestación debida por el Estado queda satisfecho con la restitución del importe económico correspondiente a tales bienes, con exclusión del lucro esperado y demás gastos incurridos[400]. Entendemos que este razonamiento ha sido el receptado por el artículo 42 de la Ley española N° 9/2017[401].

En virtud de lo expuesto, corresponde resaltar que:

> *"La invalidez de los actos de derecho público ha de enjuiciarse según las normas de la materia iuspublicista sin que a ello se oponga el recurso a las reglas del Código Civil en cuanto éstas guarden congruencia con la naturaleza, fines y garantías propios de aquellos actos en modo que las categorías relativas a la invalidez, oriundas de la citada fuente del derecho privado, puedan concebirse como principios generales del derecho"*[402].

Aclarando que la analogía con el sistema del Derecho Privado *"resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso"*[403].

En este sentido, se ha señalado que:

> *"El derecho administrativo no recepta de un modo automático el sistema de nulidades civilista, sino que le imprime su impronta publicista, particularmente perfilado por la concreción del bien común o interés público, como causa final del Estado, esto es,*

---

[400] SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "La extinción del contrato administrativo: La rescisión por razones de ilegitimidad", ob. cit., p. 51. En un precedente sumamente peculiar (que será analizado en detalle en el capítulo siguiente), la Corte manifestó que *"la condena a restituir en especie los insumos ya consumidos significaría que la comuna debería convocar a una nueva licitación pública con el único objeto de adquirirlos de un tercero para restituírselos al actor, pues el principio de legalidad presupuestaria le impide proceder de otra manera; vale decir, adquirirlos directamente para entregárselos. En tanto cabe presumir que el importe consignado por el proveedor en las facturas presentadas al cobro está integrado, cuanto menos en buena medida, por el costo (pérdida) que efectivamente tuvo para cumplir con la prestación respectiva; excepto concreta alegación y prueba de la existencia de sobreprecios"* (C.S.J.N., "Cardiocorp S.A.", Fallos 329:5976, 2006).

[401] *"La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor"*.

[402] C.S.J.N., "Pustelnik", Fallos 293:133 (1975).

[403] C.S.J.N., "S.A. Organización Coordinación Argentina.", Fallos 321:174 (1998).

con arreglo a las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de la disciplina administrativa"[404].

Sin perjuicio de lo expuesto, pasemos ahora a desarrollar una variante jurídica implementada por el Alto Tribunal argentino: la teoría de la inexistencia contractual.

IV.- LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA

Acorde a los extremos desarrollados en los párrafos precedentes, y en virtud de la normativa citada, advertimos que en el sistema federal argentino la inobservancia de los elementos estructurales del contrato administrativo conlleva la declaración de nulidad de lo acordado. Resaltamos, entonces, el deber estatal de cumplimentar debidamente con los procedimientos esenciales y sustanciales de selección de contratistas, previstos en el ordenamiento aplicable, ya que -de lo contrario- se materializaría una causal de invalidez rígida[405], pues:

"La falta de llamado a licitación previa para la celebración del contrato (...) imperativamente exigible (...) acarrea su nulidad por omisión de un requisito de forma esencial, siendo indiferente que haya tenido principio de ejecución, puesto que si se trata de un procedimiento de orden público no puede omitirse el cumplimiento de las normas que lo reglamentan, que, de otro modo, serían invalidadas"[406].

Si bien desarrollaremos en el capítulo siguiente la evolución de la jurisprudencia de la Corte argentina en cuanto a la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa en la contratación administrativa, cabe adelantar en el presente acápite -tal como se esbozó en la introducción del trabajo- que existió un giro copernicano con relación al criterio sostenido por el Alto Tribunal a partir del precedente "Más Consultores Empresas S.A."[407], al determinar que la omisión del procedimiento previsto normativamente impacta sobre la existencia misma del contrato. Pese a que dicha sentencia no hizo alusión a la figura del enriquecimiento injusto, corresponde su análisis en la medida que declaró -ante la inobservancia de una forma visceral (establecida para la formación del acuerdo[408])- la inexistencia jurídica del contrato administrativo[409], y no su nulidad.

El antecedente citado hace referencia a la demanda incoada por la firma Más Consultores de Empresas S.A. contra la Provincia de Santiago del Estero por cobro de

---

[404] C.S.J.N., "Ganadera Los Lagos S.A.", Fallos 190:142 (1941); P.T.N., Dictámenes 248:475.

[405] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 362.

[406] C.S.J.N., "Nación Argentina", Fallos 294:69 (1976).

[407] C.S.J.N., "Más Consultores Empresas S.A.", Fallos 323:1515 (2000).

[408] ÁBALOS GOROSTIAGA, Raúl, *El contrato administrativo inexistente. Precisiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Jurisprudencia Argentina, Tomo IV, Buenos Aires, 2010, p. 1218.

[409] SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "La extinción del contrato administrativo: La rescisión por razones de ilegitimidad", ob. cit., ps. 40-41.

una suma de dinero en concepto de retribución de servicios prestados por asesoramiento y evaluación de personal.

Sucedió que el Ministerio de Economía santiagueño le encomendó a la parte actora la selección de postulantes para integrar el directorio del Ente Regulador de Energía Eléctrica provincial.

Los servicios comprometidos quedaron documentados y el acuerdo de voluntades se acreditó mediante un aviso publicado y la recepción de antecedentes por parte de la Fiscalía de Estado.

Al examinar la cuestión debatida, el Alto Tribunal argentino, si bien comenzó su análisis reiterando el criterio sostenido en precedentes anteriores: "Hotel Internacional Iguazú S.A."[410] y "Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F."[411], por el cual *"la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación"*, al advertir que en la contratación invocada no se observaron los procedimientos sustanciales pertinentes ni se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo (tal como lo exige la normativa provincial aplicable), estableció 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 exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (arts. 975 y 1191 del Código Civil)"* (lo subrayado es propio).

En consecuencia, resolvió que no era posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el Derecho Administrativo local para su formación, rechazando la demanda incoada.

Este criterio fue reiterado en numerosos casos posteriores[412] -especialmente a partir del precedente "Ingeniería Omega S.A."[413]- añadiendo luego que *"la existencia*

---

[410] C.S.J.N., "Hotel Internacional Iguazú S.A.", Fallos 308:618 (1986).

[411] C.S.J.N., "Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F.", Fallos 316:382 (1993).

[412] C.S.J.N., "Servicios Empresariales Wallabies S.R.L.", Fallos 323:1841 (2000); "Carl Chung Ching Kao", Fallos 324:3019 (2001); "Magnarelli", Fallos 326:1280 (2003); "Laser Disc Argentina S.A.", Fallos 326:3206 (2003); "Indicom S.A.", Fallos 327:84 (2004); "Punte", Fallos 329:809 (2006); "Cardiocorp S.A.", Fallos 329:5976 (2006); "Sciammarella", S.53.XLIV (2009); "Lix Klett S.A.I.C.", L.249.XLV (2012); entre muchos otros.

[413] C.S.J.N., "Ingeniería Omega S.A.", Fallos 323:3924 (2000).

del contrato administrativo se halla íntimamente vinculado con la forma en que queda perfeccionado" [414].

Tales citas normativas del Código Civil anterior, correspondientes a los artículos 975 y 1911 (vigentes al momento del fallo) llaman poderosamente la atención, pues -tal como sostiene calificada doctrina civilista- la inobservancia de las formas requeridas normativamente conlleva ineludiblemente la nulidad del acuerdo[415].

A su vez, es dable observar que el Máximo Tribunal argentino fundamentó su posición señalando que el incumplimiento de la forma determinada por ley impide la prueba del acuerdo. Empero, este razonamiento omite un análisis completo, lo que denota una interpretación utilitaria de la figura o una confusión entre *"forma"* y *"prueba"*, ya que -de los extremos del artículo 1191 del antiguo Código Civil argentino[416]- resulta factible la acreditación de la existencia del acuerdo por diversos medios, por lo que -a nuestro humilde criterio- la correlación efectuada por la Corte entre la *"falta de forma establecida por la ley"* con *"inexistencia"* no se condice con el ordenamiento aplicable[417], por la sencilla razón de que *"si la forma del contrato ha sido impuesta ad solemnitatem, su omisión determina la nulidad, y en tal caso hablar de prueba carece de sentido"*[418].

IV.1. Orígenes y aplicación de la teoría de la inexistencia

Existe acuerdo en doctrina sobre la promoción de la teoría de la inexistencia efectuada por los grandes comentadores del Código Civil napoleónico[419], procurando atender aquellos casos que se consideraban de notoria e indudable ilegitimidad pero que no se encontraban expresamente contemplados en la ley como supuestos de nulidad, por lo que se promovía la noción de inexistencia del acto[420]. En este entendimiento, Aubry y

---

[414] C.S.J.N., "Indicom S.A.", Fallos 327:84 (2004).

[415] BELLUSCIO, Augusto (director) y ZANNONI, Eduardo (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias*, Tomo V, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 870.

[416] *"Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescrita, a no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, o que la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare, o cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato. En estos casos son admisibles los medios de prueba designados"*.

[417] GUTIÉRREZ HERRERA, Noelia y SÁ ZEICHEN, Gustavo, *Ensayo acerca de nulidades e inexistencias - Comentario al caso "Peña" del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*, elDial.com - DC18E9, Buenos Aires, 2012.

[418] BELLUSCIO, Augusto y ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias*, Tomo IV, ob. cit., p. 737.

[419] LÓPEZ MESA, Marcelo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, B de F, Buenos Aires, 2015, p. 52.

[420] CLARAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato", en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (coordinador), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 63.

Rau conciben al "acto inexistente" como aquél que *"no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente como nulo, sino como inexistente. Ocurre lo mismo con el acto que no está acompañado de las condiciones y de las solemnidades indispensables a su existencia, según la letra o el espíritu del derecho positivo"*[421].

En el Derecho Civil argentino, Llambías hizo alusión a la idea de inexistencia como *"una noción primordial del razonamiento y de la lógica (...) que corresponde a ciertos hechos materiales, a los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, sea el sujeto, el objeto o la forma, entendida esta última como la manifestación de la voluntad del sujeto respecto del objeto"*[422].

Spota, crítico a la teoría de la inexistencia, considera como *"acto nulo"* a aquél que carece de un elemento esencial[423]; aseverando entonces que*"[e]l distingo entre nulidad e inexistencia que se concibió en la doctrina francesa para considerar la ineficacia de ciertos matrimonios no expresamente considerados nulos por el Código Civil francés, sobre la base inexacta de que no hay nulidad sin norma expresa que lo establezca, carece de razón entre nosotros, ante el comprensivo artículo 18* [de la Constitución argentina] *que declara sin valor los actos prohibidos por las leyes".* En consecuencia, entiende que la noción de inexistencia se opone al sistema de nulidades previsto en el ordenamiento argentino[424].

No podemos dejar de señalar que -ya por su propia denominación- la idea de inexistencia provoca una contradicción en sí misma, tornando confusa su interpretación. Especialmente al no contar con ninguna previsión legislativa a nivel federal[425].

Sin perjuicio de lo expuesto, cierta doctrina considera que *"con prescindencia de que sea receptada por el ordenamiento, la inexistencia es una herramienta a disposición de los jueces y abogados para frustrar tentativas de actos gravemente perturbadores, desde lo axiológico, para el entorno social"*[426].

---

[421] AUBRY, Charles y RAU, Charles, *Cours de droit français d´après la méthode de Zachariae*, Tomo I, Marchal, Billard & Cie, Paris, 1872, p. 119.

[422] LLAMBÍAS, Jorge, *Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, ob. cit., p. 567.

[423] SPOTA, Alberto Gaspar, *Tratado de derecho civil. Primera parte*, Tomo I, vol. 3-6, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 724.

[424] SPOTA, Alberto Gaspar, *Tratado de derecho civil. Primera parte*, Tomo I, vol. 3-6, ob. cit., p. 728.

[425] El Código Civil y Comercial argentino no hace mención alguna sobre la teoría de la inexistencia. Empero, se ha expuesto que aquella omisión *"no sería un argumento decisivo para rechazarla"* (DEPETRIS, Carlos Emilio y WAGNER, Claudia, "Ineficacia de los actos jurídicos" en SAUZ, Edgardo Ignacio (director), *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 691).

[426] LÓPEZ MESA, Marcelo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, ob. cit., p. 157.

Amén de lo expuesto, la aplicación de dicha teoría encontraría campo propicio en el terreno procesal[427], dado que allí no existen nulidades absolutas, pero su uso no se requiere respecto de los actos jurídicos en general, donde sí existen previsiones normativas expresas.

IV.2. El análisis de la doctrina administrativa argentina

Calificada doctrina argentina desestima la aplicación de esta teoría en el campo del Derecho Administrativo[428], señalando que -frente al esquema bipartito previsto en la Ley Nº 19.549 (entre los actos nulos y los actos anulables)- la inexistencia *"constituye una creación artificiosa e imaginaria que no sólo carece de sustento en la realidad sino que la contradice"* y *"viene a complicar el sistema de nulidades"*[429].

Pese a ello, a las dos categorías básicas en materia de invalidez: nulidad y anulabilidad, suele unirse esta tercera variante, cuyo reconocimiento responde -según califica doctrina española[430]- al hecho de que la ley no suele hacer referencia a ciertos requisitos de los actos o contratos cuando se trata de exigencias verdaderamente elementales, indudables y evidentes. Por ello, se argumenta que si tales requisitos llegaran a faltar en algún caso, el intento de sancionar su ausencia tropezaría con la regla *pas de nullité sans texte*[431], por lo cual -al efecto de superar este obstáculo, que impediría eliminar actos o negocios rigurosamente inadmisibles- se plantea directamente su inexistencia. Sin embargo, se ha especificado que esta aplicación resultaría sustancialmente equivalente al régimen de las nulidades absolutas[432].

Gordillo, si bien reconoce la hipótesis de la inexistencia, expone que *"[e]n definitiva es bastante similar a lo que otros autores y el propio decreto-ley* [Ley Nº

---

[427] LÓPEZ MESA, Marcelo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, ob. cit., p. 5. Tal como señaló la Corte federal argentina ante presentaciones de escritos sin firmas en sede judicial, sosteniendo que dicha presentación constituye *"un acto jurídico inexistente y ajeno, como tal, a cualquier convalidación posterior (Fallos: 303:1099; 311:1632; 317:767; 328:790, entre otros)"* (C.S.J.N., "Yantra Import S.A.", CAF 039508/2013/2/1/RH003, 2015), o bien de interposición de escritos firmados únicamente por letrados patrocinantes, quien no ha invocado poder para representar al recurrente ni razones de urgencia (C.S.J.N., "Telecom Argentina S.A. - Telecom Personal S.A.", Fallos 338:765, 2015).

[428] MARIENHOFF, Miguel, *El Derecho argentino hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 21; ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 530; COMADIRA, Julio Rodolfo y MONTI, Laura, *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y concordada*, ob. cit., p. 279; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 718; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley Nº 19.549. Comentada, anotada y concordada*, Tomo I, ob. cit., p. 310.

[429] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 718.

[430] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 619.

[431] No hay nulidad sin norma que expresamente lo establezca.

[432] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, ob. cit., p. 138.

19.549] *prefieren denominar vías de hecho de la administración"*[433], reguladas en el artículo 9 de la Ley N° 19.549[434], a las que podemos conceptuar como comportamientos materiales, de quien tiene a su cargo el ejercicio de la función administrativa, gravemente ilegítimo que afecta derechos o garantías constitucionales[435]. Aunque corresponde formular una diferenciación especial, pues si bien el profesor Gordillo recepta la idea de la inexistencia, asocia su aplicación exclusivamente a las vías de hecho, situación que no sería exactamente trasladable al plano de los contratos administrativos, por la sencilla razón de que se advierte aquí una actividad administrativa concreta, mediante una declaración efectuada por un sujeto estatal, en el marco de un cauce formal específico, por más viciados que se encuentren sus elementos esenciales. En este entendimiento, no existiría técnicamente una "vía de hecho", sino un acto patógeno, por lo que correspondería su declaración de nulidad.

V.- UNA SERIE DE DISYUNTIVAS

V.1. ¿Creación pretoriana *contra legem*?

En base a lo argumentado en los párrafos precedentes, podemos observar una clara contradicción.

Por un lado, mencionamos -como bien señaló en un momento el Máximo Tribunal argentino- que resulta adecuado examinar la validez de los contratos administrativos celebrados en el ámbito federal bajo las disposiciones de la Ley Nº 19.549[436], por lo que -frente a la verificación de ausencia de los elementos esenciales del acuerdo, o de la presencia de vicios o defectos graves en ellos- corresponde la declaración de nulidad contractual, de manera absoluta e insanable.

Empero, por otro lado, es dable advertir el actual criterio del Cimero Tribunal federal, por el cual la inobservancia de determinadas formas esenciales (ej. la omisión al procedimiento licitatorio en contradicción a un requerimiento normativo concreto) impacta sobre la existencia misma del acuerdo[437].

En este sentido, pese a las disposiciones normativas aplicables y al sistema de nulidades previsto, el Alto Tribunal acordó una interpretación desemejante con el

---

[433] GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo III, ob. cit., p. XI-23.

[434] *"La Administración se abstendrá: a) De comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales; b) De poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado".*

[435] COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 254.

[436] C.S.J.N., "Rincón de los Artistas S.R.L.", Fallos 326:3700 (2003).

[437] C.S.J.N., "Más Consultores Empresas S.A.", Fallos 323:1515 (2000); "Servicios Empresariales Wallabies S.R.L.", Fallos 323:1841 (2000); "Ingeniería Omega S.A.", Fallos 323:3924 (2000); "Carl Chung Ching Kao", Fallos 324:3019 (2001); "Magnarelli", Fallos 326:1280 (2003); "Laser Disc Argentina S.A.", Fallos 326:3206 (2003); "Indicom S.A.", Fallos 327:84 (2004), "Punte", Fallos 329:809 (2006); "Lix Klett S.A.I.C.", Fallos 335:1385 (2012)..

régimen de invalidez administrativa vigente, promoviendo los postulados de la teoría de la inexistencia jurídica[438]. La cual -vale reiterar- lejos de encontrar recepción en la normativa administrativa federal (cuestión que sí se evidencia en determinados ordenamientos locales[439]), tampoco se encuentra acogida expresamente en las disposiciones del Código Civil y Comercial argentino.

Somos de la idea de que lo que realmente interesa *"no es aquilatar a qué rama pertenezca una institución y si debe ser regulada por el Derecho civil o por el Derecho administrativo, sino de dónde se extrajo el principio que la informa"*[440], arribando a la conclusión de Mayer de que *"todo lo que es igual por naturaleza debe ser también regulado igualmente"*[441]. Pareciera más acertado interpretar que, ante la ausencia o vicio grave en los elementos estructurales del acuerdo, nos encontramos ante un contrato nulo de nulidad absoluta[442]. Así lo ha entendido Garrido Falla, al exponer que *"en los casos en que la Administración haya prescindido absolutamente del procedimiento legalmente necesario para otorgar el contrato, el vicio que se produce es el de nulidad"*[443].

---

[438] Criticada por Marienhoff y Cassagne, en cuanto sostienen que su aplicación resulta inaplicable en el campo del Derecho Administrativo argentino (MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 393; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 718).

[439] Contemplada expresamente -por ejemplo- en el artículo 76 de la Ley Nº 3.909 de la Provincia de Mendoza, el cual establece: *"[e]l acto jurídicamente inexistente, por adolecer de un vicio grosero o no emanar de una autoridad administrativa: a)- no se considera como actor regular; b)- carece de presunción de legitimidad y ejecutividad; c)- los particulares no están obligados a cumplirlo y los agentes tienen el derecho y el deber de no cumplirlo ni ejecutarlo; d)- su extinción produce efectos retroactivos; y e)- la acción para impugnarlo judicialmente es imprescriptible"*. Asimismo, la Ley Nº 1.284 de la Provincia de Neuquén dispone, en su artículo 70 que *"[l]os vicios que afectan la validez del acto administrativo producen como consecuencia jurídica su inexistencia, nulidad o anulabilidad. La inexistencia corresponde al vicio muy grave, la nulidad al vicio grave y la anulabilidad al vicio leve"*, mientras el artículo siguiente dispone que *"[e]l acto inexistente se caracteriza porque: a) No se considera regular; b) Carece de presunción de legitimidad y ejecutividad; c) Los particulares no están obligados a cumplirlo y los agentes públicos tienen el derecho y el deber de no cumplirlo ni ejecutarlo; d) La declaración de inexistencia produce efectos retroactivos; e) La acción para impugnarlo judicialmente es imprescriptible; f) En sede judicial procede de oficio la declaración de inexistencia"*.

[440] DE JANER Y DURAN, Enrique, *El enriquecimiento sin causa. Origen de instituciones administrativas*, ob. cit., p. 22.

[441] MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 184.

[442] MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 394; BUSTELO, Ernesto, *Contrato viciado por omisión a la licitación pública (a propósito de "Cardiocorp")*, La Ley, 2007-D, Buenos Aires, 2007, p. 221. En igual sentido se ha expedido la Procuración del Tesoro, aseverando que *"la contratación de que se trata está viciada de nulidad absoluta, por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación"* (P.T.N., Dictámenes 238:9; 247:116; 248:43; 251:751), enfatizando que *"[l]a circunstancia de que no se hayan seguido los procedimientos propios del régimen previsto para las contrataciones de la Administración Pública, vicia de nulidad las que se habrían llevado a cabo con la reclamante"* (P.T.N., Dictámenes 285:156).

[443] GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 75.

Por lo expuesto, permítasenos -a modo de alusión personal- sostener que la recepción de la teoría de la inexistencia en la contratación administrativa deviene de una creación pretoriana *contra legem* del Alto Tribunal federal argentino, que omite la aplicación del Título III de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, y, por tanto, los efectos propios de la nulidad[444].

Además, mediante el criterio proporcionado por el Cimero Tribunal argentino se permite la aplicación oficiosa por parte de la Judicatura sobre la inexistencia contractual[445], sin necesidad de que dicha cuestión haya sido siquiera incluida en la litis por las partes intervinientes[446]. Consideración que el propio Tribunal explícitamente desestimó en materia de nulidades administrativas[447], al desechar la posibilidad de su declaración de oficio en sede judicial.

Lo expuesto llama poderosamente la atención, dado que el Alto Tribunal federal argentino sostuvo desde antaño que *"la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador"*[448]; sumado a que *"la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley"*[449], así como *"los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió"*[450], dado que no es lícito a los magistrados judiciales argentinos atribuirse *"facultades legislativas de que carecen"*[451].

Con sustento en ello, el Tribunal Supremo concluyó en una oportunidad que:

> *"El voto mayoritario en que se funda la decisión del a quo […] se arroga entonces a título de intérprete, la facultad de alterar los claros términos de la ley […] con lo que se cumplen las hipótesis de violación del sistema republicano y representativo de gobierno antes contempladas, situación a la que cabe, como se dijo, que esta Corte ponga remedio por no constituir el fallo derivación razonada del derecho vigente, y alterar también el régimen de la representación popular establecido por la ley en función del referido sistema"*[452].

En tal sentido, cabe recordar que *"la interpretación de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne a sus disposiciones no lleve a la pérdida de un derecho o que el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice*

---

[444] RATTI MENDAÑA, Florencia, *De la nulidad a la inexistencia de los contratos administrativos (un repaso jurisprudencial, con ocasión al fallo "Lix Klett")*, RDA 2012-84, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p.1709.

[445] C.S.J.N., "Ingeniería Omega S.A.", Fallos 323:3924 (2000).

[446] ÁBALOS GOROSTIAGA, Raúl, *El contrato administrativo inexistente. Precisiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ob. cit., p. 1216.

[447] C.S.J.N., "Ganadera Los Lagos S.A.", Fallos 190:142 (1941).

[448] C.S.J.N., "Arancibia Clavel", Fallos 302:973 (1980).

[449] C.S.J.N., "Tomin S.A.I.C.F.I.", Fallos 299:167 (1977).

[450] C.S.J.N., "Ríos", Fallos 300:700 (1978).

[451] C..J.S.N., "Delsoglio", Fallos 234:82 (1956).

[452] C.S.J.N., "Iglesias", Fallos 308:1745 (1986).

el espíritu que ha inspirado su sanción"[453], por lo que -a tal efecto- una de las pautas más seguras para verificar si la inteligencia de una disposición es racional y congruente con el resto del sistema del cual aquélla forma parte es *"la consideración de sus consecuencias"*[454]. Sin olvidar que *"[t]oda decisión judicial debe comenzar mediante la delimitación de los hechos y su subsunción en la norma jurídica aplicable. La prioridad argumentativa de la deducción se basa en que* ***si existe una regla válida para solucionar el caso***, ***esta debe aplicarse****, ya que de lo contrario se dictaría una sentencia contra legem"*[455] (lo resaltado es propio). Recordemos que *"la justicia no es un ideal irracional. Es simplemente un ideal o, si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo, sino una noción para algo: para orientar la producción y la aplicación del derecho. Para el jurista, el derecho positivo -las normas y los criterios establecidos por las autoridades- es la senda que ha de recorrer en pos de la justicia"*[456].

Independientemente de ello, queda claro que el criterio sentado por el Cimero Tribunal en relación a la aplicación de la teoría de la inexistencia cuenta con el loable objetivo de lograr un efecto disuasivo para la comisión de maniobras irregulares en materia pública, en un marco de exigencia ética y de transparencia en las vinculaciones con el Estado[457].

Sobre esta temática, cabe precisar que un estudio exploratorio, elaborado algunos años atrás por la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina, permitió diagramar un mapa de riesgo de corrupción[458] en los procedimientos contractuales de dicho país, detectando irregularidades prácticamente en todas las etapas de la vida del acuerdo: planificación y presupuesto, elección del procedimiento administrativo respectivo de contratación,

---

[453] C.S.J.N., "Montoto", Fallos 303:578 (1981); "Banco del Acuerdo S.A.", Fallos 308:435 (1986); "Ginocchio", Fallos 313:1223 (1990); "La Quietud S.R.L.", Fallos 316:1791 (1993).

[454] C.S.J.N., "Baliarda", Fallos 303:917 (1981); "Zacarías", Fallos 310:464 (1987).

[455] C.S.J.N., "Gualtieri Rugnone de Prieto", Fallos 332:1835 (2009).

[456] ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1995, ps. IX y X.

[457] FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, *El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nº 460, Buenos Aires, 2017, p. 67.

[458] Cuestión que *"produce efectos de naturaleza económica, porque si bien en primera medida perjudica directamente a los patrimonios públicos o privados, de forma indirecta los perjuicios se extienden a toda la sociedad: provoca alteraciones en el correcto funcionamiento del mercado, lo cual además, si se trata de empresas potentes, afecta no sólo a sus accionistas y empleados sino al conjunto de la economía nacional"* (RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, "La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, p. 246).

confección de pliegos y publicidad, evaluación de propuestas y adjudicaciones, ejecución, cumplimiento y control[459].

No quedan dudas que la corrupción constituye la más grave conducta antiética posible que puede desarrollarse en el seno de la función pública, en desmedro del interés general y la realización del bien común[460]. Por ello, comprendemos la finalidad de la interpretación efectuada por el Alto Tribunal argentino mediante la aplicación de la teoría de la inexistencia contractual, pero concebimos que no puede emplearse dicho criterio de manera invariable e inflexible en todos los casos que puedan suscitarse.

V.2. ¿Potenciación del elemento "forma" en la contratación administrativa?

Con la aplicación del precitado razonamiento jurisprudencial, el elemento "forma" trasciende de un mero carácter instrumental para ubicarse en el plano de los comportamientos éticos[461], instaurando consecuencias jurídicas diferentes a las previstas por el sistema normativo federal argentino contractual.

Bajo este enfoque, se evidencia una potenciación del precitado elemento, pues una vulneración al procedimiento de selección de contratistas previsto normativamente, en vez de conllevar a la declaración de nulidad absoluta de lo acordado (tal como prevé el texto legal aplicable), directamente desestima todo reconocimiento acerca de su existencia[462].

En esta línea, Sammartino advierte una dicotomía en materia de ilegitimidad contractual al analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, manifestando que el principio de juridicidad se exterioriza *"no sólo a través del examen de validez, sino también del de existencia del contrato administrativo"*[463], ligando este segundo supuesto únicamente al estricto y debido cumplimiento de los recaudos que hacen al elemento "forma". De este modo, aduce que la ausencia o vicio grave en dicho componente estructural *"impide que el supuesto acuerdo o convención nazca a la vida jurídica"*[464], justificando así la aplicación de la teoría de la inexistencia.

Nótese que esta calificación no tendría sustento, por ejemplo, con relación a la presencia de vicios graves en el elemento "forma" de un acto administrativo individual. Fundamentamos dicha afirmación en la medida que la jurisprudencia argentina ha

---

[459] El cual puede accederse mediante la página web http://www.anticorrupcion.gov.ar/Informe%20Exploratorio%20Transparencia%20.pdf. Especialmente en lo que refiere a las páginas 17 a 24, inclusive.

[460] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Principios de ética pública, ¿corrupción o servicio?*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, p. 88.

[461] IVANEGA, Miriam Mabel, "El principio de buena fe en los contratos administrativos", ob. cit., p. 76.

[462] CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", ob. cit., p. 1263.

[463] SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "La extinción del contrato administrativo: La rescisión por razones de ilegitimidad", ob. cit., p. 43.

[464] SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "La extinción del contrato administrativo: La rescisión por razones de ilegitimidad", ob. cit., p. 44.

permitido -en reiteradas oportunidades- la subsanación ulterior de vicios graves en el elemento "forma"[465] en tales actos de índole particular.

De tal manera, es posible evidenciar un tratamiento diferenciado en cuanto a las consecuencias jurídicas aplicables frente a la presencia de vicios graves en los elementos del acto administrativo unilateral, pues el Alto Tribunal, si bien ha aplicado en ciertos casos los extremos de la ley en términos de nulidad[466], también admitió -en determinados casos- la convalidación del acto gravemente viciado, mediante la llamada teoría de la "subsanación"[467]. Cuestión que ha sido fuente de críticas por prestigiosa doctrina[468].

En paralelo, se advierte que -como consecuencia de la teoría de la inexistencia contractual- frente a la presencia de vicios graves en determinados elementos, el acuerdo será pasible de nulidad absoluta e insanable; promoviendo efectos divergentes ante el supuesto de advertirse vicios graves en los elementos "forma" o "procedimiento", pues estos últimos requisitos -a la luz del criterio impetrado por la Corte- conforman la existencia misma del acuerdo.

Sin perjuicio de lo expuesto, advertimos la incertidumbre jurídica que genera la implementación de la teoría de la inexistencia contractual, toda vez que:

> *"El particular que se encuentre frente a un acto administrativo nulo por falta del elemento formas esenciales o vicio grave en éste, no podrá reposar en la certeza de la declaración judicial de su nulidad absoluta, pues puede el juez trocar lo nulo en meramente anulable y aplicarle la mentada teoría de la subsanación. En sentido inverso, el contratista que no advirtiera un vicio en el elemento forma de su contrato con la administración (sobre todo en el trámite de selección) deberá saber que su relación contractual puede luego ser valorada judicialmente como "inexistente", con lo cual si pretende el cobro de la prestación que hubiere efectuado deberá accionar por "enriquecimiento sin causa", probar el enriquecimiento de la demandada y el empobrecimiento propio, teniendo derecho al reconocimiento del que resulte menor de ambos"*[469].

Tal como se desarrollará en el capítulo siguiente, el cambio jurisprudencial a partir de los precedentes "Más Consultores S.A." y -fundamentalmente- "Ingeniería

---

[465] Entendiendo por *"formas esenciales"* a los procedimientos que preceden al dictado del acto y a los requisitos formales que debe reunir, tal como se detalló a lo largo del presente trabajo.

[466] C.S.J.N., "Sudamericana de Intercambio", Fallos 306:1138 (1984).

[467] CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", ob. cit., p. 1262. Así lo ha entendido la Corte argentina (C.S.J.N., "Universidad Bartolomé Mitre", Fallos 273:134, 1969; "Karma", Fallos 310:360, 1987).

[468] COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, ob. cit., p. 117; COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 107.

[469] CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", ob. cit., p. 1263 - 1264.

Omega S.A." resulta sumamente significativo. Especialmente si se considera el principio conforme al cual los tribunales federales inferiores -en principio- deben acatar los fallos de la Corte[470].

Entendemos que esta cuestión debe ser analizada admitiendo que *"[e]l caso jurídico singular no es sólo un ejemplo de una ley general, como para la ciencia natural, sino justamente lo contrario; la ley existe en ese momento sólo en méritos de la decisión o fallo sobre el caso singular; y, en efecto, en este sentido teleológico el derecho no es la totalidad de las normas, sino la totalidad de los fallos o decisiones"*[471], por la sencilla razón de que el criterio forjado por la Corte en la materia implicó una variación característica, con múltiples consecuencias[472].

V.3. La experiencia iberoamericana

A la luz de las normas imperantes en Iberoamérica, podemos dilucidar -a modo generalísimo- que la mayoría de los sistemas jurídicos administrativos cuentan con previsiones en materia de invalidez contractual que apuntan a la figura de la nulidad como sanción.

En efecto, las legislaciones generales en España, Brasil, Costa Rica, Perú y Uruguay (además de Argentina) así lo consagran, con interesantes ribetes. A tales sistemas debemos añadirle el particular caso de Colombia.

---

[470] C.S.J.N., "Cerámica San Lorenzo S.A.", Fallos 307:1094 (1985). Sin perjuicio de ello, en la temática que nos ocupa, aún ante el criterio esbozado por el Tribunal en "Ingeniería Omega S.A.", varias Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil aplicaron en varios precedentes, ante la omisión del procedimiento licitatorio, la nulidad del contrato administrativo, en vez de la inexistencia jurídica del contrato (C.N.A.Civ., Sala B, "Elmo", 29.03.2005; Sala C, "Cardiocorp S.A.", 24.02.2004, "Produlab S.A.", 27.05.2004, "Rapel S.A.C.I.F.I. y A.", 03.05.2005; Sala F, "Orrico S.R.L.", 23.02.2010; Sala M, "Ingeniería y Asistencia Técnica Argentina S.A.", 31.08.2011; "Case S.A.C.I.F.I.E.", 08.11.2011).

[471] LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Nacional*, Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 157.

[472] Incluso con fuerza expansiva en el ámbito de las jurisdicciones provinciales. A modo ejemplificativo, cabe citar el precedente "Perlo" de la Corte santafesina del año 2012, especificando 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 exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia (Fallos 323:1515; 323:3924). Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (arts. 975 y 1191 del Código Civil)"* (C.S.J.S.F., "Perlo", A. y S. t. 244 p. 96-100, del 17.04.2012). También resulta ilustrativo lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en "Praxair Argentina S.R.L.", detallando que *"la existencia de los contratos no se prueba con las alusiones que pudieran realizarse en el dictamen pericial contable, sino que la empresa debió acompañar los instrumentos suscriptos en cada caso por las partes, y demostrar el cumplimiento con las formalidades y procedimientos previstos en la legislación aplicable, cosa que no hizo y que impide, por tanto, hacer lugar a la demanda iniciada por cobro de facturas"* (T.S.J.C.A.B.A., "Praxair Argentina S.R.L.", Expte. N° 11160/14, del 20.12.2016).

El sistema español es sumamente atractivo, en la medida que -bajo los postulados del artículo 103.1. de la Constitución[473]- la Ley N° 9/2017, en su Capítulo IV, regula el régimen de invalidez contractual, estableciendo -en su artículo 38- que:

> *"Los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos: a) cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil; b) cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes, y c) en aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado".*

Siguientemente, en el artículo 39 determina las causas de nulidad de Derecho Administrativo, previendo que:

> *"Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: a) la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71; b) la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia; c) la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135; d) la inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos: 1.º que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y, 2.º que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta; e) haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de*

---

[473] *"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".*

contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto; f) el incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador; g) el incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea". Al respecto, calificada doctrina española señala que *"los vicios que concurren en un procedimiento administrativo por incumplimiento sustancial del procedimiento, de la competencia o de falta de su contenido sustancial, como es la necesaria dotación presupuestaria determinan la nulidad de los actos administrativos y del contrato, y en consecuencia de los actos posteriores a éste"*[474].

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, el artículo 42 de la ley dispone que:

"La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor".

Es decir, se determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, y no al valor de lo acordado.

Por su parte, es dable resaltar que Brasil tiene consagrado el régimen de invalidez contractual con jerarquía constitucional, en la media que el artículo 37 de su Carta Magna establece -entre demás cuestiones- que:

"Salvo los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con clausulas que establezcan obligaciones de pago, mantenimiento las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley, lo cual solamente permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables ensambles para la garantía del cumplimiento de las obligaciones. (...) La no observancia de lo dispuesto en los incisos II y III implicarán la nulidad del acto y la sanción de la autoridad responsable, en los términos de la ley".

[474] DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local*, ob. cit., p. 413.

Asimismo, la Ley N° 8.666/1993 instala -en su artículo 59- que:

"La declaración de nulidad del contrato administrativo opera de manera retroactiva, previniendo los efectos legales que normalmente debe producir, y sin tener en cuenta los ya producidos". Añadiendo luego que *"[l]a nulidad no exime a la Administración del deber de indemnizar al contratista por lo que ha realizado hasta la fecha en que se declara y por otras pérdidas comprobadas regularmente, siempre que no sea imputable, promoviendo la responsabilidad de la persona que lo causó"*.

En cuanto al sistema de Costa Rica, debemos clarificar que la Ley N° 7.494 consigna -en su artículo 3- que:

"La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo. Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa. El régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa".

Extremos que se asemejan a las previsiones del régimen peruano, cuya Ley N° 30.225 instituye -en su artículo 44- que:

"El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco (...) Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos: a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato. b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo. c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación. d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa. Cuando no se utilice los métodos de contratación previstos en la presente norma, pese a que la contratación se encuentra bajo su ámbito de aplicación; o

cuando se empleé un método de contratación distinto del que corresponde. e) Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dadiva o comisión. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar. f) Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dadiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar. g) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera".

O del sistema uruguayo, en la medida que el artículo 33 de la Ley de contabilidad y administración financiera reza que *"[l]as contrataciones que contravengan esta disposición son nulas (artículo 8 del Código Civil)"*.

Un caso sumamente distinto y peculiar es el colombiano. Si bien la Ley N° 80/1993 (y sus modificatorias) -en sus artículos 44[475] y 45[476]- regulan la figura de la nulidad contractual, el Consejo de Estado colombiano[477] ha interpretado -con fundamento en las previsiones de los artículos 39 y 41 de la precitada ley- que la formalidad de la instrumentación por escrito del contrato administrativo hace a la existencia misma del acuerdo.

El aludido artículo 39 prescribe que "*los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación de dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles*", mientras que el artículo 41 hace una distinción

---

[475] *"Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley"*.

[476] *"La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. En los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre"*.

[477] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Droguería Santa Fe de Arauca" (N° 07001-23-31-000-1997-00705-01[15662]), 29.01.2009.

entre los requisitos de perfeccionamiento del contrato y aquellos exigidos para su ejecución, al disponer que *"[l]os contratos del Estado se perfeccionarán cuando se logre un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito"*.

Empero, la jurisprudencia especializada colombiana sostiene que los contratos del Estado se reputan solemnes en cuanto que para su existencia se requiere necesariamente del documento escrito, promoviendo así la teoría de la inexistencia para los supuestos de acuerdos verbales o no escritos[478].

Veamos, a continuación, en relación a las disyuntivas aludidas, tanto los lineamientos generales de la teoría del enriquecimiento injusto como la evolución del criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina con relación a la aplicación de dicha teoría en el marco de contratos administrativos celebrados ilegítimamente, al efecto de gestar una postura crítica respecto de los actuales razonamientos.

[478] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Droguería Santa Fe de Arauca" (N° 07001-23-31-000-1997-00705-01[15662]), 29.01.2009.

SEGUNDA PARTE:
CONSIDERACIONES ACERCA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

CAPÍTULO IV

LINEAMIENTOS GENERALES DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

I.- CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LA FIGURA

Para situar nuestro tema en el marco adecuado, razones de claridad metodológica motivan realizar una primera aproximación acerca de la noción de enriquecimiento injusto.

Bajo tal necesidad clarificadora, esta figura debe ser entendida como aquél desplazamiento de todo bien o valor del patrimonio de una persona al patrimonio de otra sin que exista un título o causa jurídica que justifique dicho traspaso[479]. Desde esta concepción propia de la teoría general del Derecho, surge que su eje cardinal radica en el tránsito de valor -verificado externamente[480]- de un patrimonio a otro, sin causa que lo sustente.

En este sentido, advertimos la existencia de un sujeto que sin un antecedente jurídicamente válido se enriquece en detrimento de otro, obligándose aquél a restituir al perjudicado el importe o valor de su enriquecimiento y en la medida en que este otro se haya empobrecido[481].

Por lo tanto, en razón de este derrotero de ideas, podemos determinar que existirá un enriquecimiento incausado o injustificado cuando una persona se beneficie a costa de otra, sin que exista una razón jurídica que convalide dicha atribución patrimonial[482].

En la actualidad, la noción del enriquecimiento injusto se consagra bajo el ala de dos posiciones disímiles, con aditamentos que complejizan su comprensión. Por un lado, se encuentran aquellos expositores que consideran a la antedicha figura como un verdadero "pulmón de Derecho", capaz de brindar aire vivificante al mantener el equilibrio estático de los patrimonios, mientras que otros autores -propios de la teoría

[479] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV-B, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 357.
[480] NUÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934, p. 5.
[481] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, La estrella de Panamá, Panamá, 1960, p. 5.
[482] LETE DEL RÍO, José Manuel y LETE ACHIRICA, Javier, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 633.

general de las obligaciones[483]- temen que su investidura destruya determinados principios jurídicos fundamentales, convirtiéndose en un verdadero "cáncer de Derecho"[484], producto de su imprecisión, tildándola -con recelo- como enigmática, incluso hasta oscura. Así, se evidencia una especie de polaridad en relación este instituto jurídico, ubicado en las antípodas de la panacea y la ficción, de la ilusión y el desencanto, como un espejismo más en el desierto del Derecho.

Más allá de toda divergencia, resulta innegable sostener que la formulación del enriquecimiento injusto -pese a conllevar una vieja tradición jurídica de origen civilista[485]- se extiende actualmente a las más diversas ramas de nuestra disciplina. Es más, producto de una lenta y larga evolución, el instituto del enriquecimiento sin causa se ha ido sedimentando durante el transcurso de los siglos con decisiones judiciales en los más diversos sistemas jurídicos, sumado a las elaboraciones de la propia doctrina, permitiendo encontrar reparos en disposiciones legislativas, tal como ha ocurrido en numerosos países, inclusive en la República Argentina[486].

Sin adentrarnos aún en su fisonomía concreta, y lejos de indagar acerca de su construcción dogmática, podríamos sostener -a modo de premisa inicial- dos elementos introductorios de la figura bajo análisis, los cuales se presentan de modo homogéneo en la vasta ciencia del Derecho, sea para cuestiones tanto *iusprivatistas* como *iuspublicistas*.

La primera de dichas características se vincula con su origen: la ausencia de una justa causa. Ello, en la medida en que, de existir un enriquecimiento con fundamento en un justo título o en una causa legítima, no se produciría violación al principio, ni procedería por el mero desplazamiento acción judicial alguna[487].

Ahora bien, corresponde preguntarnos: ¿a qué tipo de causa hacemos referencia?

---

[483] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, 1993, ps. 9, 12, 14, 35 y 161.

[484] MOSSET ITURRASPE Jorge, *Enriquecimiento sin causa*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1949, p. 444.

[485] BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 514; HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca "El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos", en *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 106.

[486] Tal como establece el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1794, el cual enuncia que *"[t]oda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda"*.

[487] MÜLLER, Enrique "Enriquecimiento sin causa", en ALTERINI, Juan Martín y PICASSO, Sebastián (directores), *Instituciones de Derecho Privador Moderno. Problemas y propuestas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 540.

Frente a tal interrogante, debemos señalar que el enriquecimiento debe referirse a un hecho jurídico ausente de justificación[488], con virtualidad suficiente para demostrar el desplazamiento patrimonial acontecido de una parte hacia otra[489].

A estas alturas, resulta innegable sostener que el concepto de enriquecimiento se entrelaza más con una alteración de índole patrimonial (principalmente de tinte material), que con la manera o el modo en que esa variación se produce. Sin embargo, es esta última cuestión precisamente la faz fundamental que debe destacarse[490], especialmente en el marco del presente estudio.

De este modo, entendemos que la palabra *"causa"* ha de considerarse en el sentido de "causa fuente" o "eficiente", de manera tal que el enriquecimiento no contará con una "causa" en la medida que no tenga -a modo de fuente- un acto u hecho que legitime el desplazamiento o traspaso patrimonial de valores[491]. Es decir, resulta ineludible que no medie *inter partes* una relación contractual, un hecho ilícito u otra fuente de obligaciones. Esta es la *communis opinio* en la materia, al asociar la noción de "causa" con el fundamento del ingreso de la atribución en el patrimonio enriquecido[492]. Así, entendemos que la acepción se vincula con la propia noción o principio de justicia, por resultar el enriquecimiento contrario al ordenamiento, desprovisto de toda justificación legal o título jurídico que lo sustente, resultando -además- contrario a un valor fundamental como es la equidad[493].

En contraposición a ello, se ha sostenido que, al tener toda atribución patrimonial un resultado previsto (es decir, el cumplimiento de un fin predeterminado), el desplazamiento patrimonial debe coincidir con la finalidad impuesta por las relaciones relativas *inter partes*, por lo que la causa no sería el por qué o causa eficiente de la adquisición, sino más bien el para qué o causa final de la relación obligacional[494].

---

[488] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 93.

[489] GARRIGA, Román, *El enriquecimiento sin causa. Sus caracteres y efectos*, Jurisprudencia Argentina, Tomo IV, Buenos Aires, 1949, p. 681.

[490] TORINO, Enrique, *Enriquecimiento sin causa*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Investigaciones de Seminario IV, Buenos Aires, 1929, p. 35.

[491] STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1921, p. 74; ALTERINI, Atilio, AMEAL, José y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 446; BOFFI BOGGERO, Luis, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo VI, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 183; TRIGO REPRESAS, Félix, "Obligaciones en general", en ALTERINI, Atilio, (director), *Reformas al Código Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 277.

[492] NUÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934, p. 105.

[493] Sinónimo de imparcialidad, ecuanimidad o espíritu de justicia (COUTURE, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 257).

[494] DE LA CÁMARA, Manuel y DIEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, p. 21.

Por nuestra parte, aún reconociendo la viabilidad y la pertinencia de esta segunda postura, convenimos en focalizar nuestro análisis concibiendo a la falta de causa como un equivalente a la ausencia de causa jurídica que sustenta el traslado patrimonial, con independencia de la finalidad pretendida por las partes. Pues lo relevante es la falta de un soporte jurídico que -a modo de fundamento- respalde el desplazamiento aludido, toda vez que pueden existir tales desplazamientos en razón de negocios jurídicos válidos y eficaces que no se coliguen propia y necesariamente con la finalidad anhelada, y sin que se constituya por ello un enriquecimiento injusto.

Evacuada esta primera enunciación, corresponde ahora explayarnos acerca de la segunda característica, vinculada a la consecuencia jurídica del enriquecimiento: la obligación de restitución.

Identificada con el nombre romano *"de in rem verso"*[495], esta obligación denota el deber de reintegro, el cual podrá exigirse mediante la interposición de la acción judicial conferida a quien ha experimentado sin justa causa una disminución patrimonial, mediando el desplazamiento de un valor que ha salido de su patrimonio (sea por la entrega de bienes, la realización de trabajos o la prestación de servicios), contra quien se ha beneficiado injustamente por ello.

Atento lo manifestado hasta aquí, nos encontramos en condiciones de poder identificar -a grandes rasgos y de manera general- a la figura del enriquecimiento sin causa dentro del mundo del Derecho y el modo en que puede ser opuesta a los fines de revertir el desplazamiento patrimonial evidenciado.

Pasemos ahora a indagar acerca de su naturaleza jurídica.

II.- NATURALEZA JURÍDICA

Debemos destacar que existen discrepancias entre los autores sobre la naturaleza jurídica de la figura objeto de análisis. Al hablar de enriquecimiento sin causa, los jurisconsultos han esgrimido varias posturas, de las cuales pueden mencionarse tres orientaciones bien delimitadas, a saber: (i) cuasicontrato; (ii) fuente de obligaciones, y (iii) principio general del Derecho.

A continuación, procuraremos identificar cada una de tales posturas, para luego fundamentar nuestra elección personal.

II.1. ¿Cuasicontrato Administrativo?

En un antiguo precedente[496], la Corte Suprema argentina admitió una clasificación de las fuentes de las obligaciones, consagrada desde los tiempos de Justiniano, distinguiendo entre: (i) contrato, (ii) cuasicontrato, (iii) delito y (iv)

---

[495] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV-B, ob. cit., p. 358. Justificando así la denominación de la acción procedente para su cumplimiento: la *actio in rem verso* como acción de enriquecimiento, más que de acción de repetición (STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 19).

[496] C.S.J.N., "Rezzia y Sala", Fallos 14:364 (1874).

cuasidelito, más allá de que -con el paso del tiempo- el avance de la ciencia del Derecho permitió añadir a la ley[497], fragmentando así la cuatripartición clásica.

Lo importante es que esa clasificación inicial trajo como consecuencia inmediata el razonamiento por el cual los llamados cuasicontratos consistían en simples obligaciones *ex lege*, o bien, en obligaciones nacidas de la voluntad unilateral. De este modo, calificada doctrina ha sostenido que *"los supuestos cuasicontractuales responden mejor al concepto de enriquecimiento sin causa"*[498].

En el Derecho argentino, la figura del cuasicontrato (como adaptación de locución romana *quasi ex contractus*[499]), fue prevista explícitamente por el codificador en el título dedicado a la gestión de negocios ajenos, conforme da cuenta la nota del artículo 2288 del antiguo Código Civil argentino[500], entre otras.

Bajo estos términos, es dable precisar que la doctrina civilista argentina, si bien ha manifestado que el rasgo común de las obligaciones cuasicontractuales es su proveniencia de un enriquecimiento originado sin causa a expensas de otro sujeto (el cual trata de obtener su valor), lo cierto es que tal enriquecimiento -en sí- deviene de una amplitud superior a la del cuasicontrato, ya que *"éste supone lo subjetivo de una voluntad presunta, al paso que aquél implica lo objetivo del empobrecimiento sin causa de un patrimonio a costa de otro"*[501]. Como consecuencia de dicha diferenciación, a los fines del presente trabajo, estimamos conveniente caracterizar a la figura del enriquecimiento injusto a partir del factor económico y patrimonial que la sustenta, más allá de los motivos subjetivos que pudieron haber intercedido o no para su concreción material.

En definitiva, aquél sector de la doctrina que admite la figura cuasicontractual lo realiza admitiendo una fuente de obligaciones que se genera para el obligado sin que exista un pacto, acuerdo o consentimiento previo por su parte[502]. Consecuentemente, su nota saliente es -nada más y nada menos- que la falta de un acuerdo de voluntades[503].

En base a este primer criterio de la clasificación tripartita diseñada, que ha sido sostenido por gran parte de la doctrina administrativista foránea[504], se entiende al

---

[497] SEIJAS, Gabriela, "El cuasicontrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 267.

[498] BOFFI BOGGERO, Luis, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I, ob. cit., p. 75.

[499] STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 24.

[500] Si bien autores como Josserand consideran al cuasicontrato como una especie de *"monstruo legendario que es preciso desterrar del vocabulario jurídico"* (JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Bosch, Buenos Aires, 1950, p. 10).

[501] STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 27.

[502] COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 471.

[503] STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 27.

[504] SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 579; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 20; ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 304.

cuasicontrato como aquél hecho o acto voluntario lícito que produce efectos semejantes a los contratos, sin existir acuerdo de voluntades ni consentimiento sobre lo que es materia concreta de tal hecho o acto[505].

En el ámbito argentino, determinados autores afirman incluso hasta la existencia de cuasicontratos administrativos, con reglas propias, diferentes a las del Derecho Privado, al estar inspiradas en las exigencias del Derecho Público, haciendo alusión a la cohesión entre la gestión de negocios ajenos y el empleo útil (como figuras tradicionales cuasicontractuales del Derecho Civil), pero interpretadas bajo un esquema administrativista, con fundamento en el valor de la equidad[506].

Destacamos que esta postura ha sido criticada por cierto sector de la doctrina clásica nacional, el cual -pese a reconocer la existencia de los cuasicontratos en el campo del Derecho Administrativo- puntualizan que la propia *actio in rem verso* fue expresamente consagrada en el ordenamiento común, en la medida en que el legislador estableció el derecho de la repetición de lo pagado indebidamente[507], mediante las consideraciones del artículo 784 del antiguo Código Civil argentino[508].

Asimismo, si bien la idea de la consagración normativa es compartida por la gran mayoría de los autores, vale destacar que ilustres catedráticos se inclinan por desestimar a la variante cuasicontractual, al afirmar que en el Derecho Administrativo las obligaciones fundadas en el enriquecimiento surgen tan solo de la ley o de la voluntad unilateral, según sea el caso[509]. Por ende, descartan toda posibilidad de computar al enriquecimiento injusto como cuasicontrato, pues la restitución proviene de la autoridad de la ley[510], sin perjuicio del desenvolvimiento autonómico -realmente significativo- que ha tenido la figura en ciernes[511].

Por otra parte, no podemos dejar de advertir la postura de determinados tribunales provinciales de Argentina que sustentan -incluso en tiempos actuales- el revestimiento cuasicontractual de la figura del enriquecimiento sin causa[512].

Sin perjuicio de ello, trasladándonos al Derecho comparado, debemos precisar que la legislación española establece, ciertamente en el artículo 1887 del Código Civil ibérico (previo a desarrollar la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido), que los cuasicontratos son "*hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta*

---

[505] MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-B, ob. cit., p. 545.
[506] BIELSA, Rafaela, *Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 1211.
[507] FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 536.
[508] En cuanto establecía que *"[e]l que por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió"*.
[509] ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 577.
[510] HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca, "El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos", ob. cit., p. 107.
[511] SEIJAS, Gabriela, "El cuasicontrato administrativo", ob. cit., p. 277.
[512] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Payton S.C.A." (2008).

obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados". En tal sentido, la doctrina española tiende a fundar el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto en los cuasicontratos, que suponen una categoría surgida de un prurito sistemático para completar la clasificación de las fuentes de obligaciones[513].

Paralelamente, en el ordenamiento uruguayo, su Código Civil enuncia, en su artículo 1308, que *"[t]odo hecho lícito del hombre que hace mejor la condición de una persona en daño de otro, sin que haya mediado intención de hacer liberalidad, da origen a un cuasicontrato que obliga al que ha mejorado su condición a devolver la suma o la cosa convertida en su provecho"*. Es llamativo que, de esta norma, Sayagués Laso explica que la figura del enriquecimiento corresponde un cuasicontrato y, paralelamente, responde a un principio general del Derecho[514].

Por nuestra parte, entendemos que la concepción de los cuasicontratos ha ido perdiendo relevancia en los últimos tiempos, por lo que podría sostenerse que constituye una hipótesis que se encuentra prácticamente superada en el ámbito científico. Más aún en relación a la figura del enriquecimiento injusto, en la medida que resulta -tal como veremos- una institución jurídica independiente y autónoma. Incluso dentro de nuestra disciplina, la cual es exorbitante del Derecho Privado.

II.2. ¿Fuente autónoma de obligaciones?

De la crítica formulada en los párrafos anteriores, se deslinda una segunda variante, que permite concebir al enriquecimiento sin causa como una fuente autónoma de obligaciones[515]. Por nuestra parte, optamos por extender la denominación a "fuente autónoma de obligaciones específicas de restitución de valores"[516]. Tal enunciación deviene lógica de la segunda caracterización general ya enunciada en este trabajo, referida al efecto jurídico: la *obligación de restituir*. De tal modo, se advierte que la figura en el Derecho moderno tiene ganado un sitio entre las llamadas "fuentes obligacionales"[517].

Sin embargo, se han efectuado algunas objeciones a quienes consideran al instituto tan sólo como fuente. En concreto, se ha manifestado que tal encuadramiento (esto es: considerar a la figura del enriquecimiento injusto como fuente autónoma de obligaciones) desdibuja su esencia, en tanto se estaría sosteniendo que cualquier otra vertiente productora de efectos jurídicos (léase contrato, hecho ilícito, acto administrativo, etc.) revestiría su condición de fuente autónoma.

---

[513] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 25.
[514] SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit. p. 579.
[515] MOYANO, Juan Agustín, *Enriquecimiento sin causa*, Jurisprudencia Argentina, Tomo 44, Buenos Aires, 1933, p. 838.
[516] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 270.
[517] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 514.

Por ello, no consideramos a la categorización como errónea, pero sí inexacta e inconveniente, ya que al focalizar más su consecuencia jurídica que su propia naturaleza, promueve una idea superflua y que puede llegar a incitar a confusiones innecesarias.

II.3. ¿Principio general del Derecho?

Como tercera variante, grandes juristas señalan que, pese a su innegable deber de restitución, el enriquecimiento injusto no debe ser entendido sólo como fuente, en tanto cuenta con caracteres propios que le otorgan una proyección mayor[518]. Bajo este enfoque, se sostiene que la figura del enriquecimiento sin causa constituye un verdadero principio general del Derecho[519].

A diferencia de las normas jurídicas que responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina, como su consecuencia, se encuentran prescritas con similar propósito de precisión[520], los principios generales del Derecho aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre un acto posterior, justamente a fin de que se los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al Derecho positivo o -a falta de éste- en su aplicación al caso concreto[521]. Justificamos dicha afirmación al revestir el carácter de directrices informadoras del ordenamiento jurídico escrito[522], con valor instrumental y entidad lógica[523].

Es por ello que se los precisa como reglas de carácter general, abstracto y de estructura abierta[524].

Así, es dable inferir que los principios generales del Derecho expresan los valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica[525]. Es decir, aquellos axiomas sobre los cuales se constituyen las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad. Pero

---

[518] CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de Obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 75.

[519] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, Tomo IV, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1982, p. 266; DE LAUBADÈRE, André, *Traité des Constrats Administratifs*, ob. cit., p. 32.

[520] VIGO, Rodolfo, *Los principios generales del Derecho*, Jurisprudencia Argentina, Tomo 1986-III, Buenos Aires, 1986, p. 864.

[521] CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en RIVERO YRSEN, Enrique, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (directores), *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano* (actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo), Juan de Castilla y León, Netbiblio, A Coruña, 2008, p. 59.

[522] ALTAMIRA GIGENA, Julio, *Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 28.

[523] DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 514.

[524] BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 445.

[525] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 483.

no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales que puedan explicar el sentido de determinadas reglas legales, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica y sólo a través de ésta cognoscibles[526], pues constituyen la expresión de una justicia metrial especificada técnicamente en función de problemas jurídicos concretos, más allá de que se encuentre objetivada en la lógica misma de las instituciones[527]. Es por ello que se sostiene que tales principios resultan la expresión de lo socialmente admitido como justo[528] y, en consecuencia, configuran un instrumento idóneo que permite la realización del Derecho, atemperando la rigidez del positivismo jurídico y colmando -al mismo tiempo- sus lagunas[529].

Vale enfatizar que la función epistemológica de los principios es justamente la de conferir fundamento validante a los criterios de ordenación sobre los cuales se construyen los distintos sistemas de verdades[530]. Por ello, Cassagne, al enunciar que *"los principios generales del Derecho son el origen o el fundamento de las normas y participan de la idea básica de principalidad (en sentido ontológico) que les otorga primacía frente a las restantes fuentes del Derecho"*[531], sostiene que dichos principios se encontraban consagrados expresamente en el artículo 16[532] del antiguo Código Civil argentino[533], promoviendo directivas que funcionan como causa y base del ordenamiento, al actuar como orientadores e informadores[534], en el carácter de fuentes materiales[535]. En esa línea se inscribió la jurisprudencia de la Corte federal argentina, al expresar que *"[l]a regla interpretativa, prevista en el artículo 16 del* [antiguo] *Código*

---

[526] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 85.

[527] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 483.

[528] VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR ESCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo I, Sección de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1987, p. 322.

[529] COVIELLO, Pedro, *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y Derecho comparado*, ob. cit., p. 293.

[530] SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 1.

[531] CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 29.

[532] El artículo 16 del antiguo Código Civil establecía que *"(...) si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en cuenta las circunstancias del caso"*. Actualmente, el artículo 2° del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que *"[l]a ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento"*.

[533] C.S.J.N., "Sociedad Anónima Canal y Puerto del Oeste", Fallos 141:190 (1924); "Touceda Humano", Fallos 192:152 (1942).

[534] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 193.

[535] CASSAGNE, Juan Carlos, *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 11.

Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, a los cuales trasciende, proyectándose como un principio general vigente en todo orden jurídico interno"[536].

Desde esta atalaya, siguiendo a García de Enterría y a Fernández[537], la propia expresión de "principios generales del Derecho" resulta sumamente certera a la hora de indicar su verdadero contenido. En efecto, al expresar que se trata de "principios" se precisa su carácter básico, en sentido ontológico (y no sólo lógico), como soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan su sentido. Asimismo, al preestablecer que son "generales", se trasciende de un precepto concreto, y -a su vez- no se los confunden con apreciaciones singulares o particulares que pudieran expresar la exigencia de una supuesta "justicia del caso concreto", ni mucho menos con opiniones subjetivas del intérprete de turno. Finalmente, al consagrar que son principios del Derecho, se denotan como fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales o imprecisas directivas[538].

En este sentido, calificada doctrina ha sostenido que el enriquecimiento sin causa, en cuanto desplazamiento patrimonial carente de fuente o título que lo justifique, constituye uno de los principios generales que *"iluminan o guían, desde afuera, el ordenamiento jurídico positivo"*[539]. Así lo ha entendido el Máximo Tribunal federal argentino en reiterados pronunciamientos -a modo de declaración *obiter dictum*[540]- enfatizando que la *"simple aplicación del principio jurídico y moral que veda el enriquecimiento sin causa a costa de otro, o sea, de la aplicación de una de esas raras reglas de derecho natural, que dominan todas las leyes, aún cuando el legislador no haya tenido especialmente el cuidado de formularlas"*[541].

De tal modo, se consolida la prohibición del enriquecimiento sin causa como regla o principio de Derecho Natural, que se aplica -aún ante el silencio de la ley- tanto a favor del Estado como contra él[542]. Al respecto, Marienhoff exterioriza a la teoría que veda todo enriquecimiento sin causa como un principio general del Derecho, con

---

[536] C.S.J.N., "Juncalán Forestal, Agropecuaria S.A.", Fallos 312:2266 (1989).

[537] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 85.

[538] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 85.

[539] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, ob. cit., p. 266.

[540] Aduciendo que *"elementales nociones de justicia consagran el principio de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro"* (C.S.J.N., "Banco de Londres y Brasil", Fallos 129:3, 1918). Sumado a la apreciación de que*"[l]a demandada ha obtenido una ventaja o utilidad gracias al estudio y al trabajo personal del actor y es un principio jurídico general, aplicable al caso en virtud de lo establecido por el art. 16 in fine del Código Civil, el de que nadie puede enriquecerse injustamente en daño de otro"* (C.S.J.N., "Toucedo Humano", Fallos 192:152, 1942).

[541] C.S.J.N., "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano", Fallos 245:146 (1959).

[542] C.S.J.N., "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano", Fallos 245:146 (1959); "Petroquímica Argentina S.A.", Fallos 297:500 (1977).

fundamento en el principio *alterum non laedere* y en la moral[543]. Casualmente no sustenta su criterio en razón de la equidad, la cual estima que no reviste el carácter de fuente jurídica[544].

En sentido similar, la jurisprudencia española consagró que:

> *"A pesar de las múltiples manifestaciones que el Código Civil contiene a propósito del enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que, en forma general o específica, gobierne la acción de enriquecimiento ilícito, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie le es lícito enriquecerse a costa de otra, reconociendo unánimemente como derivación del Derecho Natural, por la legislación romana, por la tradición española, por la doctrina científica y por la jurisprudencia"*[545].

Asimismo, el Tribunal Supremo español señaló oportunamente que:

> *"El principio según el cual nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro (...) tiene en nuestro ordenamiento jurídico no solo la significación de un principio general del Derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, sino muy acusadamente la de una institución jurídica recogida en una serie abundante de preceptos legales, siquiera sea en forma inconecta, sin verdadera y propia sistematización, generalizadora, es indudable que, en todo caso, no basta invocar el principio de que se trata a modo de regla general y abstracta, sino que es preciso demostrar y justificar en cada caso la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento en relación con las particularidades que presente el respectivo desplazamiento patrimonial y con los elementos y requisitos que ha de reunir la noción del enriquecimiento sin causa para ser un saludable postulado de equidad y justicia y no un motivo de grave perturbación y trastorno en la seguridad de las relaciones jurídicas"546; estableciendo que el "enriquecimiento injusto, principio general del Derecho, proveniente del Derecho romano (dos textos de POMPONIO incluidos en el Digesto), recogido en Las Partidas (7ª.34.17) y desarrollado por copiosa jurisprudencia. Las sentencias de, entre otras, 23 de marzo de 1992, 8 de junio de 1995, 7 de febrero de 1997 y 31 de octubre de 2001 destacan la idea de que los hechos, no ilícitos, que provoquen un enriquecimiento sin causa de una persona y el empobrecimiento de otra, dan lugar a la obligación de reparar el perjuicio; la esencia es, pues, la atribución patrimonial sin causa, por lo que el enriquecido sin causa debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció y así lo expresan las recientes sentencias, entre otras muchas anteriores, de*

---

[543] MARIENHOFF, Miguel *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 233.

[544] MARIENHOFF, Miguel *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 233. En igual sentido se ha expedido la Procuración del Tesoro, pero sosteniendo que, si bien la equidad no es fuente del Derecho Administrativo, debe ser tenida en cuenta al resolver casos concretos y en los cuales podrían verse comprometidos los principios que la informan, admitiéndose -entonces- soluciones de equidad en los contratos administrativos. (P.T.N., Dictámenes 79:77, 83:180, 85:135).

[545] Sentencias del Tribunal Supremo español del 12 de enero de 1943, del 23 de noviembre de 1946, del 22 de diciembre de 1962 y del 1 de diciembre de 1980.

[546] Sentencia del Tribunal Supremo español del 12 de enero de 1943.

31 de octubre de 2001 y 8 de julio de 2003"[547]*, resaltando que "la interdicción del enriquecimiento injusto tiene en nuestro ordenamiento jurídico el valor de un auténtico principio general del Derecho (entre otras las SSTS de 12 de enero de 1943, 23 de noviembre de 1946 , 22 de diciembre de 1962 , 1 de diciembre de 1980 , 12 de julio de 2000 , 28 de febrero de 2003 y 6 de febrero de 2006)"*[548].

II.4. Nuestra postura

De lo expuesto, independientemente del criterio que se adopte, es dable inferir que tanto la caracterización como fuente de obligaciones, o bien, como principio general del Derecho, no resultan incompatibles entre sí y ambas pueden pervivir sin alterar la estructura de la figura del enriquecimiento injusto[549].

Por nuestra parte, no tenemos dudas acerca de la recepción que ha tenido la prohibición del enriquecimiento injusto como principio general del Derecho, pese a que se encuentra materializado normativamente en el Código Civil y Comercial argentino, ostentando cierta funcionalidad al cotejarse tecnificadas y definidas sus condiciones generales de ejercicio (independientemente de su concepción axiológica), delimitando así su consecuente acción -concreta y residual- tendente a equilibrar el valor que de un patrimonio ha pasado a otro sin serle correctamente atribuido por el orden jurídico[550].

Sin embargo, debemos resaltar que su configuración normativa no se presenta como pretensión agotadora, dado que *"la realidad es mucho más rica que las previsiones legislativas e incluso que la imaginación de los juristas"*[551], pero suprime planteamientos puramente abstractos y generales.

III.- ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

Se ha sostenido que la figura del enriquecimiento injusto constituye una de las materias más recientes y -conjuntamente- una de las más antiguas en el Derecho de las Obligaciones[552].

Ya en el Derecho Romano, a partir del postulado de Ulpiano de *dar a cada uno lo suyo*[553], se fue insinuando la idea que descalifica en algunas situaciones la adquisición de cosas sin justa causa a expensas del prójimo, pero sin estructurar una doctrina general específica sobre los postulados propios del enriquecimiento sin causa[554]. Por el contrario, sólo se contemplaron algunos casos particulares, elaborados

---

[547] Sentencia del Tribunal Supremo español del 6 de febrero de 2006.
[548] Sentencia del Tribunal Supremo español del 29 de junio de 2015.
[549] COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de Obligaciones*, ob. cit., p. 69.
[550] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 14.
[551] DE LA CÁMARA, Manuel y DIEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p.180.
[552] STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 14.
[553] *Juris precepta sunt haec: honeste vivire, alteru non laedere suum cuique tribuere*.
[554] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV-B, ob. cit., p. 368.

por el pretor en base a la concesión de las denominadas *condictiones*[555], como aplicaciones prácticas con caracteres singulares[556], de índole sumamente restringida[557], que surgían de meros hechos de retención sin causa de un bien o de una ventaja y funcionaban como remedio al formalismo sacramental del Derecho Romano clásico, que desconocía las finalidades especificas de las partes y, en general, la noción de "causa" como elemento de validez del contrato[558]. Dichas *condictiones* surgen como el origen remoto de la categoría moderna del enriquecimiento injustificado, incausado o sin causa[559].

En tal sentido, el sistema romano -fiel a su método- preocupado más bien en cubrir las lagunas del Derecho y en dar satisfacciones a reclamaciones de equidad que a edificar construcciones teóricas[560], perfiló una serie de acciones tendentes a procurar que no se produjeran situaciones de enriquecimiento patrimonial que se encontraran privadas de causa y fundamento[561].

Puesto que los pactos eran obligatorios por el sólo cumplimiento de la solemnidad, esa forma era, ciertas veces, el único sostén de una obligación incausada. De allí que se buscaran soluciones morigeradoras, para supuestos puntuales, por medio de las precitadas *condictio*, destacando entre ellas -por ejemplo- a la *condicto indebiti*, procedente en los casos en que por un error excusable fuese abonada una cosa de forma indebida, persiguiendo justamente la restitución de lo pagado erróneamente, en base a una obligación inexistente o ineficaz. A su vez, se encontraba la *condictio causa data causa non secuta* para perseguir la restitución de una dación hecha con miras a una causa lícita futura que no tenía ocasión de realizarse, por lo que el empobrecido perseguía el reintegro de lo otorgado. En tercer término, podemos enumerar a la *conditio ob turpem causam*, que se otorgaba para solicitar la devolución de lo que se había entregado por una causa deshonrosa o inmoral para aquél sujeto que recibió la cosa[562]. Finalmente, es posible individualizar a la *condictio sine causa*, de carácter más

---

[555] SCONDA, Mariana, *Pomponio D.50.17.206. Teoría del enriquecimiento sin causa: origen y recepción*, ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morelia (México), 2006.

[556] TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 179-180.

[557] BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, EDA, Nº 13.513, Buenos Aires, 2014, p. 2.

[558] GORE, François, *L´enrichissement aux dépens d´autrui: source autonome et générale d´eobligations en droit privé français. Essai d´une construction technique*, Dalloz, Paris, 1949, p. 11; BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, ob. cit., p. 2.

[559] DE LA CÁMARA, Manuel y DIEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 71.

[560] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 7.

[561] LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 323.

[562] LETE DEL RÍO, José Manuel y LETE ACHIRICA, Javier, *Derecho de Obligaciones*, ob. cit., p. 633.

general que las anteriores -y por lo tanto de tinte residual- dirigida a supuestos no comprendidos por las demás especies[563], ya que contemplaba a una relación cualquiera que no existía o bien había cesado. Tras esas enunciaciones, con el paso del tiempo la esfera de aplicación se amplió considerablemente, abarcando una enorme cantidad de posibles supuestos[564].

Ahora bien, retomando la evolución histórica de la figura que nos ocupa, vale agregar que con la configuración del Corpus Juris, la prohibición del enriquecimiento sin causa se promovió como un *"valor de principio general, sólo puesto en duda porque la presentación de las condictiones legada por los bizantinos, con su ordenación y clasificación, inclina a los exegetas a mirar esta zona como la zona exhaustiva de la acción procesal del principio, enfoque desviado y parcial, y porque ha quedado en el Digesto, como supervivencia por descuido, pero sin valor de apoyo decisivo a la negativa de generalización del principio"*[565]. A su vez, la idea pudo consagrarse expresamente en el texto del jurisconsulto Pomponio, aunque de manera incompleta[566] al no incluir a la totalidad de los elementos que requiere, bajo el latinismo: *ex iure naturae aequum est neminen cum alterius detrimento et injurie fieri locupletiorem*[567].

Por otra parte, el sistema romano -independientemente de las *condictiones*- consagró algunas acciones en particular, entre ellas a la *actio in rem verso*[568], particularizada al caso en que el *filius* o *servus* realizaran un negocio con intención de obligar al padre o dueño, que redundase en utilidad para aquéllos; al ser inválido el negocio, el tercero podía reclamar por el beneficio que hubiera resultado en el patrimonio de los primeros. Toda vez que el *pater familias* o el *dominus* hubieran obtenido alguna ventaja de la convención concluida por el hijo o esclavo, y que haya redundado en su provecho (*in rem versum*), quedaba obligado hasta la concurrencia de la ventaja obtenida, pudiéndose entonces intentar contra ellos la *actio in rem verso*. Vale destacar que, si bien en Roma tal acción estaba circunscripta a este único supuesto, en el Derecho moderno se la asocia directamente a la figura del enriquecimiento sin causa[569].

---

[563] BELLUCIO, Augusto y ZANNONI, Eduardo, *El Código Civil, anotado y comentado*, Tomo III, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 620.
[564] STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 15.
[565] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 15.
[566] ALTERINI, Atilio, AMEAL, José y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, ob. cit., p. 741.
[567] Por derecho natural es equitativo que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro (Digesto, Libro L, Título XVII, Ley CCVI).
[568] Expresión que puede traducirse aproximadamente por *acciones sobre el provecho obtenido* (DE LA CÁMARA, Manuel y DIEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 73).
[569] ALTERINI, Atilio, AMEAL, José y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, ob. cit., p. 741.

Con el pasar de los años, ya en la Edad Media, bajo la influencia moralizadora del Derecho Canónico y con una profunda inspiración romanista[570], la Ley XVII del Título XXIV de la Partida VII de Alfonso el Sabio promovió un principio similar al enunciado precedentemente, al consignar, mediante la expresión *"ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño de otro"*, el deber de restituir cualquier enriquecimiento al que faltase una causa lícita.

Paralelamente, en el antiguo derecho francés, autores como Domat y Pothier estructuraron las normas relacionadas con el enriquecimiento injusto, alegando que aquél que de otro recibe sin justa causa una cosa, o a quien se ha dado una cosa por una causa que se extingue, o bajo una condición no se cumple, no teniendo ya causa para retenerla, debe restituirla[571]. Sin embargo, llegado el momento de la codificación, el *Code Civile* francés (y siguiendo su modelo, los demás cuerpos orgánicos de la "familia latina"[572]) no reguló expresamente la figura que prohíbe el enriquecimiento incausado, ni una acción consecuente.

Fue la jurisprudencia francesa, precursora del Derecho moderno, la responsable del desarrollo del instituto[573]. Justamente, mediante los pronunciamientos de la Corte de Casación, entre ellos el *arrêt Boudier*[574] del 15 de junio de 1892[575], se admitió al

---

[570] LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, ob. cit., p. 323.

[571] LERNER, Bernardo, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 363.

[572] LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, ob. cit., p. 323.

[573] HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca, "El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos", ob. cit., p.105.

[574] Corte de Casación francesa, "Boudier", arrêt del 15 de junio de 1892. Concretamente, el caso puede sintetizarse de la siguiente manera: M. J. Paturean-Miran arrendó ciertas tierras de su propiedad al señor Garanier-Godard. Debido a un incumplimiento de parte de este último, el contrato fue anulado antes de su vencimiento, avaluando los peritos los valores que el arrendatario debía pagar, y abonando éste su cosecha -todavía en pie- como parte de lo que debía cancelar. Luego de que el acreedor y propietario recuperase la posesión de su tierra, se presentaron los señores Boudier solicitando el precio de unos abonos que habían suministrado al ex arrendatario Garanier-Godard. Entre otras razones, alegaron a favor de su demanda el hecho de haberse considerado en la liquidación de cuentas del colono el valor de la cosecha deducido el costo de los abonos y el haber tomado el dueño de las tierras sobre sí la obligación de pagar su precio. Propuesta la acción e ingresado la causa en la Corte de Casación, ésta accedió a lo requerido, sosteniendo que: *"[c]onsiderando que esta acción deriva del principio de equidad que prohíbe enriquecerse a expensas de otro, y que no ha sido reglamentada por ningún texto legal, su ejercicio no se encuentra sometido a ninguna condición determinada; que basta para que sea admisible que el demandante alegue y ofrezca establecer la existencia de una ventaja que habría procurado aquel contra quien actúa por un sacrificio o por un hecho personal"* (FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 65). En concreto, para la Corte de Casación francesa, el arrendador no recibió la cosecha como consecuencia del contrato sino en dación en pago por la deuda de su arrendatario, lo que le imponía la deducción de los abonos que este debía al vendedor (GORE, François, *L´enrichissement aux dépens d´autrui: source autonome et générale d´eobligations en droit privé français. Essai d´une construction technique*, ob. cit., p. 134; BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, ob. cit., p. 3).

enriquecimiento sin causa como verdadera fuente de obligaciones, derivada de la equidad, como consecuencia lógica del principio que prohíbe enriquecerse a costa de otro, el cual, al no haber sido recogido por ningún texto legal, su ejercicio no se encontraba sometido a ninguna condición determinada[576].

En razón de tales innovaciones pretorianas, el enriquecimiento sin causa pasó a incorporarse y consagrarse de manera expresa en los más variados ordenamientos jurídicos (tal como lo hace el código civil alemán[577], suizo[578], italiano[579], español[580], mexicano[581], peruano[582] y argentino, entre otros), mientras que en muchos otros sistemas es percibido como un principio general del Derecho, del cual se deslindan consecuencias directas, aún a cuestiones no previstas normativamente[583].

En consecuencia, de los párrafos precedentes puede advertirse la evolución y concentración que cuenta uno de nuestros objetos de estudio en el presente trabajo. Pasaremos ahora a abordar la recepción que ha tenido en el ordenamiento positivo argentino.

IV.- SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

Vale destacar que el Código Civil argentino carecía de una legislación orgánica específica en materia de enriquecimiento sin causa[584] hasta la reforma del año 2014, en tanto no poseía una consagración expresa en una norma concreta que de modo sistemático lo confirme y regule. Sin embargo, ello dista de significar que la doctrina del enriquecimiento no se encontrara contemplada por el ordenamiento argentino hasta el año citado. Sería un contrasentido semejante pretensión.

---

575 En dicha oportunidad, la Corte de Casación de Francia sostuvo que *"[i]l suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allegue et offre d´etablir l´existence d´un avantage qu´il aurait, por un sacrifice su un fait personnel, procuré á celui contre laquel il agit"*.

576 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 16.

577 Código Civil alemán, Título 26, Sección 812.

578 El artículo 62 del Código suizo prevé que *"[a]quel que sin causa legítima se enriquece en perjuicio de otro, está obligado a la restitución. La restitución es debida en particular, de todo aquello que hubiera sido recibido sin causa valedera, en virtud de una causa que no se hubiese realizado, o de una causa que hubiese cesado de existir"*, de forma análoga al código alemán.

579 El Código Civil italiano cuenta con dos artículos pertinentes a la figura del enriquecimiento sin causa. Concretamente los artículos 2041 y 2042 consagran la regla con sentido genérico y establece normativamente el requisito de no haya otra acción reconocida por la ley.

580 El artículo 1895 del Código Civil español establece que *"[c]uando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla"*.

581 El Artículo 7117 del Estado de México prevé que *"[e]l que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido"*.

582 El Artículo 1954 del Código peruano contempla, al individualizar la acción por enriquecimiento sin causa, que *"[a]quél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*.

583 ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 580.

584 BOFFI BOGGERO, Luis, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo VI, ob. cit., p. 164.

Muy por el contrario, a través de abundantes notas y artículos, resultaba fácil colegir que la figura se encontraba implícitamente receptada[585] en la versión anterior al actual Código Civil y Comercial, permitiendo así afirmar su vigencia en nuestro Derecho desde varias décadas atrás[586]. A modo de ejemplo -y sin pretender agotar todos los supuestos- podemos citar las notas de los artículos 43[587], 499[588], 784[589] y 2589[590] del antiguo Código Civil argentino. Por tanto, puede afirmarse que nuestro codificador plasmó al instituto del enriquecimiento injusto mediante una preceptiva diseminada en el cuerpo legislativo[591].

IV.1. El Código de Vélez Sarsfield

La primera versión del Código Civil argentino no consideró a la figura del enriquecimiento sin causa como fuente especial de obligaciones[592], en la medida que no reguló ni sistematizó al instituto, ni tampoco estableció una regla directriz a la cual se subordinen diversos casos particulares asociados a dicha figura. El Código de Vélez Sarsfield, a semejanza del Derecho Romano y del régimen francés de aquella época[593], no concibió al enriquecimiento injusto como un principio general, limitándose a preceptuar aplicaciones prácticas de la idea[594], incluso en materia de derechos contractuales[595].

En este sentido, Vélez receptó su noción en las notas de muchos de los artículos enunciados, sin perjuicio de que en numerosos otros se establecieron aplicaciones puntuales, como pueden ser las de los artículos 728, 907, 2302 y 2306 a 2310, respectivamente.

De este modo, podemos afirmar que el enriquecimiento injusto no fue regulado de un modo sistémico por el Código de Vélez Sarsfield, sino de manera casuista, dado que se circunscribió a efectuar atenciones concretas y particulares[596], por lo cual no

---

585 TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., p. 193.

586 C.S.J.N., "Touceda Humano", Fallos 192:152 (1942); BOFFI BOGGERO, Luis, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo VI, ob. cit. p. 164.

587 Establecía que *"[a]l lado de la obligación que produce un delito, nace otra del todo diferente, obligatio ex re ex eo quod aliquem pervenit, que se aplica a las personas jurídicas (...). Si, pues, el jefe de una corporación comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él sólo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporación debe restituir la suma con que el fraude la hubiera enriquecido"*.

588 Preveía que *"el principio de la razón natural de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, y de que hay obligación de restituir aquello con que se ha enriquecido (...)"*.

589 Consagraba *"el principio de equidad (...) no permite enriquecerse con lo ajeno (...)"*.

590 Estipulaba que *"nadie debe jamás enriquecerse a costa de otro (...)"*.

591 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, ob. cit., p. 267.

592 TORINO, Enrique, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 93.

593 STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 10.

594 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, ob. cit., p. 515.

595 STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 10.

596 TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., p. 196.

existió texto positivo que contemplara *in terminis* la regla por la cual *"nadie pude enriquecerse sin derecho a expensas de otro"*, independientemente de las tantas pautas propias del Derecho Natural[597].

IV.2. El Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial argentino, redactado por la Comisión designada por el Decreto N° 191/11 y aprobado mediante Ley Nº 26.994, dio una recepción normativa expresa a la figura del enriquecimiento injusto. En efecto, los artículos 1794 y 1795, ubicados en el Capítulo IV del Título referente a las llamadas *"Fuentes de Obligaciones"*, junto con figuras como la gestión de negocios, el empleo útil y el pago indebido, regulan al instituto del *enriquecimiento sin causa*, enunciando que toda aquella persona que -sin una causa lícita- se enriquezca a expensas de otra, estará obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial de la empobrecida.

En este sentido, concluimos que la regla jurídica por el cual *"nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro"* constituye en nuestro sistema jurídico un principio general del Derecho consagrado expresamente en un precepto legal; de modo similar a lo previsto y regulado en diversos ordenamientos extranjeros, citando -a modo ejemplificativo- lo normado por el Código Civil alemán, donde explícitamente se enuncia -bajo el Título 26, Sección 812- que quien por prestación de otro, o de otro modo a costa de éste, se enriquece sin causa, está obligado a la restitución, indicando que *"[t]odo el que en virtud de prestación hecha por una persona o de cualquier otra manera, adquiere alguna cosa sin causa jurídica a expensas de otra persona, está obligado a restituirla a ésta. Existe igualmente esta obligación siempre que desaparece posteriormente la causa jurídica, o el resultado perseguido por medio de una prestación, tal como resulta del contenido del acto jurídico, no llega a realizarse"*[598].

Al respecto, si bien puede sostenerse que el régimen alemán recepta los postulados desarrollados por los romanos con las *condictiones* y con la propia *actio de in rem verso*[599], se consolida en torno al concepto de enriquecimiento una singular característica, en la medida que se afirma como acto abstracto válido, por más que se ejecute sin causa, por lo que el equilibrio patrimonial perturbado se restablece *a posteriori* mediante la consecuente acción de restitución, pero dejando intacta la validez del acto que generó el empobrecimiento[600]. De esta manera, se advierte una obligación de restituir lo percibido por un acto que -en sí- fundamenta un traspaso económico, que

[597] STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 10.

[598] *"Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt"* (Código Civil alemán, Título 26, Sección 812).

[599] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 19.

[600] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., ps. 20 - 21.

ocasiona una alteración entre dos patrimonios, pero al que le falta una causa jurídica que lo sustente, por lo que la pretensión se resume en un desplazamiento patrimonial válido, mas no causado[601].

A su vez, el Código Civil italiano -en su artículo 2041- dispone que quien sin causa justificada se enriquece a costa de otra persona debe -dentro de los límites de tal enriquecimiento- reintegrar a la otra parte la reducción correlacionada, y, si el enriquecimiento tiene por objeto una cosa específica, la devolución debe ser en especie. Concretamente dicho artículo enuncia que *"[e]l que sin justa causa se ha enriquecido a expensas de otra persona está obligado, en el límite del enriquecimiento, a indemnizar a esta última de la correlativa disminución patrimonial. Cuando el enriquecimiento ha tenido por objeto una cosa determinada, el que la ha recibido está obligado a restituirla en natura, si subsiste al tiempo de la demanda"*[602].

Por su parte, el Código Civil portugués determina -en su artículo 473- que la obligación de devolución por enriquecimiento injusto, se remite a lo indebidamente receptado, o lo que sea recibido en virtud de una causa que ha dejado de existir[603].

V.- <u>CARACTERES</u>

El enriquecimiento injusto presenta, sin perjuicio de las ideas señaladas precedentemente, caracteres muy puntuales, a saber:

(i) Constituye una herramienta de la ciencia del Derecho, aplicable en sus más diversas ramas. Incluyendo entre ellas al Derecho Administrativo.

(ii) Su aplicación es subsidiaria[604]. Tal enunciación presenta su correlato en términos procesales, determinando que, en el supuesto de existir otra figura aplicable, no procede el principio que veda el enriquecimiento injusto ni opera el curso de la *actio in rem verso*, como acción personal de restitución de valor frente al enriquecido injustamente.

En consecuencia, sólo procede cuando no queda ninguna otra vía para su reclamo[605], por lo que su implementación no puede venir a suplir la interposición de otra acción estipulada por el ordenamiento[606].

---

[601] TORINO, Enrique, Enriquecimiento sin causa, ob. cit., p. 34.

[602] *Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda* (Código Civil italiano, artículo 2041).

[603] *A obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de modo especial por objecto o que for indebidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou* (Código Civil portugués, artículo 473, segunda parte).

[604] BARRA, Rodolfo Carlos, *Enriquecimiento sin causa y contrato administrativo*, El Derecho, Tomo 109, Buenos Aires, 1984, p. 392. Expresamente receptada dicha subsidiariedad por el Código Civil italiano. El mismo expone, en su artículo 2042, que *"[l]'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio súbito"*.

[605] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Algunas particularidades del enriquecimiento sin causa en el derecho administrativo*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 261.

Asimismo, vale destacar que, frente a la carencia de una norma expresa que consagre la acción por enriquecimiento sin causa, deviene lógico que dicha acción no puede primar por sobre otra explícitamente reglada[607].

(iii) Es excepcional, dado que su aplicación sólo resulta viable en tanto se reúnan cada uno de los recaudos necesarios, los cuales serán individualizados más adelante. Caso contrario, su generalización significaría una especie de panacea proyectada sobre todas la instituciones del Derecho patrimonial, introduciendo y promoviendo situaciones en las que primen el desorden y la confusión[608].

(iv) Posee un fundamento axiológico o extrapositivo[609] (pese a la conveniencia de su regulación en los diversos ordenamientos), atento a su vinculación con la equidad, la buena fe y la moral. Por lo tanto, pese a las modificaciones legislativas que pudieran acontecer, y aún en el caso de todo vacío normativo, el trasfondo de la figura permanecerá siempre incólume, en tanto se vincula intrínsecamente con fundamentales nociones de justicia y los principios generales del Derecho.

(v) Su ámbito de aplicación se halla fuera de un acto jurídico válido y eficaz que justifique el desplazamiento patrimonial[610], pues no procede como consecuencia jurídica propia de un acto o contrato celebrado de manera legítima, toda vez que, de encontrarnos -por ejemplo- frente a un contrato regular, se producirán los efectos propios estipulados por el acuerdo de voluntades[611]. Es decir, prestación y su consecuente contraprestación.

En tales términos, el enriquecimiento derivado como consecuencia directa de los efectos propios de un contrato legítimo no resultará injusto, pues tal contrato, fruto del consentimiento de los contratantes, suministra justificación suficiente, excluyendo -en principio- la procedencia de la figura bajo análisis. Bajo este enfoque -y a modo de consecuencia lógica- es dable inferir que la figura del enriquecimiento sin causa no constituye una salvaguarda para amparar situaciones gestadas a riesgo y ventura de las partes intervinientes en un contrato celebrado válida y eficazmente[612].

Vale destacar que esta última apreciación ha sido repetida frecuentemente en la jurisprudencia española. Basta con transcribir un extracto de la sentencia del Supremo

---

606 Tal como enuncia el artículo 1795 del Código Civil y Comercial de la Nación.

607 TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., p. 204.

608 TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., p. 201.

609 TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., p. 198.

610 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, ob. cit., p. 516.

611 Habría sólo obligaciones nacidas de ese contrato y no de la noción de enriquecimiento sin causa. (REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 23).

612 TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, ob. cit., p. 199.

Tribunal español del 20 de octubre de 1987, por medio de la cual se estableció que *"no es aplicable la doctrina del enriquecimiento sin causa a los beneficios o pérdidas que puedan resultar para una parte de la ejecución de un contrato, que constituyen el riesgo propio de la actividad negocial, y ni siquiera pueden alegarse (...) las teorías sobre la modificación de las circunstancias básicas del negocio, porque esa modificación fue prevista y se estableció la forma de corregir sus efectos"*[613].

VI.- PRESUPUESTOS ESENCIALES

Independientemente de su ámbito de aplicación, los fines de su procedencia, resulta menester la concurrencia de determinados recaudos indispensables, los cuales se enumeran a continuación:

(i) enriquecimiento del reclamado o demandado, que puede consistir tanto en un incremento patrimonial (*lucrum emergens*) como en la evitación de una disminución de un gasto (*damnum cessans*)[614], abocada a producir efectos definitivos[615];

(ii) paralelo empobrecimiento[616] del reclamante o demandante[617], pues no puede aludirse a enriquecimiento injusto en la medida que no exista empobrecimiento;

(iii) relación causal material entre empobrecimiento y enriquecimiento[618], donde un mismo hecho genera ambos efectos (o, en otros términos, que al enriquecimiento siga un consecuente empobrecimiento), como correlación resultante de un solo hecho[619];

(iv) ausencia de toda justificación jurídica del enriquecimiento con respecto al empobrecido (equivalente a la falta de justo título para conservar en el patrimonio el valor ingresado), como elemento medular, pues el desplazamiento patrimonial evidenciado no cuenta con una causa idónea para provocar tal efecto[620]; y

(v) carencia de otra acción útil para remediar el desplazamiento patrimonial incausado.

---

[613] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 271.

[614] DE LA CÁMARA, Manuel y DIEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 56.

[615] MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, ob. cit., p. 302.

[616] LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel y VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosa, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 294.

[617] No es necesario que el patrimonio del actor se haya visto dañado de forma positiva, en el sentido de que hayan disminuido los bienes a él pertenecientes, sino que basta con que la actuación del enriquecido haya comportado la falta de incremento de los elementos patrimoniales del empobrecido, cuando tal aumento hubiera debido producirse de no mediar el enriquecimiento injusto (LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, ob. cit., p. 328).

[618] DE LA CÁMARA, Manuel y DIEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 31.

[619] Ambos extremos son consecuencias disímiles, que -por tanto- no pueden dar margen a una relación de causa a efecto (FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 65).

[620] PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de obligaciones*, Tomo IV, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 335.

VII.- FUNDAMENTOS

Exponer que una institución jurídica determinada posee un fundamento de tinte ético o moral no supone ninguna peculiaridad a fin de concretar su construcción. Empero, cabe destacar que en el estudio que nos ocupa, ese fundamento cuenta con una mayor recepción, toda vez que, al interpretarlo como un principio general del Derecho, se entrelaza con tales concepciones éticas y morales[621].

En este sentido, insignes juristas entienden que resulta contrario a la equidad que una persona pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otra[622] sin ningún motivo legítimo, dado que se estaría vulnerando el principio que exige dar a cada uno lo suyo[623].

Atento que la equidad es el principio que en el sistema jurídico hace efectiva a la igualdad (en vinculación también con el Derecho Natural[624]), la misma configura un valor en sí[625] que necesariamente se encuentra inmerso dentro de nuestro sistema jurídico[626]. Se puede invocar a favor de esta tesis a la tradición romana, por la cual se ha hecho valer la fórmula "*jure natura equum est, nominen cum alterius detrimento fiere lucupletiorem"*. En paralelo, administrativistas españoles de la talla de Villar Palasí, sosteniendo la necesidad de que el carácter de la equidad sea de corrección de la ley positiva -*legis emendatio*-, aluden al criterio hermenéutico de la figura, estableciendo que existen circunstancias en que la justicia y el Derecho han de auxiliarse de la equidad[627].

Por otro lado, se ha sostenido que la figura del enriquecimiento se encuentra emplazada en el campo de la ilicitud objetiva[628]. Por nuestra parte, discrepamos con este último criterio, en tanto en ningún supuesto se califica como lícito o ilícito al comportamiento consecuente para conceder la viabilidad de la figura del enriquecimiento o la admisibilidad de la eventual acción[629]. Justamente, la existencia de un acto ilícito, sea generador de responsabilidad contractual o extracontractual, repercute dentro de su propio régimen normativo del ámbito de la responsabilidad para atender a los desequilibrios producidos. Tales cuestiones no se entrelazan

---

621 C.S.J.N., "Mellor Goodwin", Fallos 287:79 (1973).

622 ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 581; COVIELLO, Pedro, *El enriquecimiento sin causa en la contratación pública*, texto de la conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, diciembre de 2013.

623 BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo II, ob. cit., p. 517.

624 LASARTE, *Principios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, Tomo II, ob. cit., p. 325.

625 DROMI, Roberto, *Sistema y valores administrativos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 204.

626 GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, p. 28.

627 VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad de Madrid, Madrid, 1968, p. 547.

628 BELLUCIO, Augusto y ZANNONI, Eduardo, *El Código Civil, anotado y* comentado, ob. cit., p. 625.

629 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de Obligaciones*, ob. cit., p. 78.

necesariamente con la interdicción de enriquecimiento sin causa en el marco del presente trabajo.

Llambías, al desdoblar el fundamento de la *actio in rem verso*, destaca, además del desarrollo técnico-jurídico de la figura, la necesidad de que el enriquecimiento injusto sea analizado bajo el prisma de la filosofía social[630]. En igual sentido, Mosset Iturraspe advierte la connotación tanto como idea social y moral que encierra la figura. Social al atenuar injusticias (sin inclinarse ante el hecho consumado), y moral al condenar la causa insuficientemente justificada[631].

En base a lo expuesto, advertimos que la idea de enriquecimiento injusto alude primeramente a conceptos de justicia, como base ética o moral[632], los cuales -tal como enunciáramos en puntos anteriores- deben tecnificarse, juridificando al concepto en servicio de la equidad[633].

Acorde a lo señalado, considerando que el Derecho en si es sinónimo de equidad, en cuanto resulta la expresión de lo justo, puede indicarse que la equidad reviste el carácter de fundamento último, restando por explicar los factores concretos que determinen precisamente los motivos inmediatos que vedan todo enriquecimiento injusto. Al respecto, se ha expuesto que el enriquecimiento que surge para un sujeto, a expensas de otro, *"puede aparecer como injustificado, o, como también se dice, sin causa, si se pondera el fin último del derecho patrimonial, que no es sino la regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales. Pero, con bastante frecuencia, el derecho se ve forzado, por razones de seguridad, de exteriorización y de relación de los derechos o por razones de lógica jurídica y por otras múltiples consideraciones, a dar lugar a efectos jurídicos que no son conforme a esa aspiración última"*[634]. Así, la idea de interdicción del enriquecimiento injusto no debe aludir a conceptos meramente abstractos, sin perjuicio de su vinculación a los ideales de justicia.

Amén de ello, resulta conveniente que la prohibición del enriquecimiento injusto -más allá de toda connotación como regla de índole moral- sea expresamente receptada por el ordenamiento positivo, como técnica jurídica, eliminando tensiones innecesarias con otras instituciones, y promoviendo así mayor seguridad. En tales términos, independientemente de la valoración axiológica de la figura, entendemos que la misma debe contar con una determinación o fundamentación normativa explícita, o deducible razonablemente como implícita dentro de lo expreso.

---

630 LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., p. 381.

631 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, ob. cit., p. 514.

632 DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, p. 98.

633 REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 10; Cámara Federal de la Capital, "Banco de Londres y Brasil", Jurisprudencia Argentina, Tomo I, Buenos Aires, 1918.

634 ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín, *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1944, p. 583.

No pretendemos manifestar que el enriquecimiento injusto sea prefijado mediante presupuestos taxativamente delimitados y consecuencias tasadas, sino más bien por un ordenamiento que contemple sus bases esenciales, receptando positivamente dicho principio general del Derecho y otorgándole un marco determinado a modo de previsión de restitución equivalente al enriquecimiento producido. Ello obedece a la autonomía conceptual e instrumental de la figura que nos ocupa, ofreciendo una solución concreta a supuestos repugnantes para el ideal de justicia[635], pero siempre atendiendo a datos puramente objetivos, como son las ventajas (y desventajas) patrimoniales identificadas comúnmente bajo el término de enriquecimiento (y el correlativo empobrecimiento de la otra parte). Es por ello que puede identificarse al enriquecimiento sin causa como *"el imperio de la equidad"*[636].

VIII.- <u>EFECTOS</u>

Si bien este punto ya ha sido abordado en párrafos anteriores, toda vez que hemos identificado a la obligación de restitución como efecto directo del enriquecimiento injusto, canalizada mediante acción de reembolso contra el enriquecido, cabe advertir que dicha acción, más que una finalidad reparatoria, persigue el restablecimiento del equilibrio patrimonial alterado[637].

Al respecto, vale consignar que lo que se procura obtener es el valor del enriquecimiento[638], más no la restitución de la cosa[639], por lo que dicho importe corresponderá a modo de reembolso de los gastos útiles efectivamente realizados[640]. Dicha restitución cuenta con límites bien precisos; por un lado, no puede exceder del efectivo desmedro del empobrecido y, por el otro, tampoco puede ser mayor que el enriquecimiento logrado por el accionado[641]. Frente a cualquier divergencia, la demarcación final estará siempre dada por la cantidad menor[642].

---

635 LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, Tomo II, ob. cit., p. 325.

636 DE JANER Y DURAN, Enrique, *El enriquecimiento sin causa. Origen de instituciones administrativas*, ob. cit., p. 81.

637 C.S.J.N., "Mellor Goodwin", Fallos 287:79 (1973); "Compañía General Fabril Financiera S.A.", Fallos 291:63 (1975). En igual sentido se ha expedido la Procuración del Tesoro de la Nación (P.T.N., Dictámenes 247:38).

638 C.S.J.N., "Bracamonte", Fallos 204:626 (1946).

639 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de Obligaciones*, ob. cit., p. 82. Por el contrario, Garriga sostiene que la parte enriquecida debe restituir lo recibido o incorporado a su patrimonio y sólo cuando ello no fuere físicamente posible, deberá una compensación equivalente en dinero (GARRIGA, Román, *El enriquecimiento sin* causa, ob. cit., p. 684).

640 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 21.

641 ALTERINI, Atilio, AMEAL, José y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, ob. cit., p. 745.

642 LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV-B, ob. cit., p. 401; P.T.N., Dictámenes 238:9; 247:116, y 249:188.

Ahora bien, cabe consignar que el restablecimiento del equilibrio patrimonial afectado será disímil entre las relaciones demarcadas en el Derecho Privado que las propias del Derecho Administrativo.

Justificamos dicha afirmación de la siguiente manera: mientras en el Derecho Privado exista un desplazamiento de bienes concretos y específicos de un patrimonio a otro, de ser posible y querido por la parte empobrecida, resulta factible la restitución *in natura*[643]. Es decir, puede darse el supuesto de que se restituyen los bienes en cuestión, aún tratándose de cosas fungibles ya consumidas, por otras de la misma especie y calidad. Ello sólo en la medida de que la restitución se pueda producir *in natura*, caso contrario se deberá restituir un valor en dinero.

Empero, en la órbita del Derecho Administrativo, de haberse entregado -en el marco de un contrato irregular- bienes fungibles y consumibles al Estado, éste, en vez de restituir tales bienes, solamente podrá restituir el importe económico de tales bienes recibidos, es decir, su costo, con exclusión de la ganancia facturada[644]. No podrían adquirir esos mismos bienes en el mercado, pues ello exigiría desarrollar un procedimiento de selección determinado para tal fin[645].

IX.- LA ADMISIÓN DE LA INTERDICCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Adherimos al criterio por el cual se concibe a la interdicción del enriquecimiento injusto como principio general del Derecho[646]. Resta dilucidar si la aplicación de dicho principio en el campo del Derecho Administrativo presenta características especiales o connotaciones propias, en comparación con las demás ramas jurídicas.

No se nos escapa que la unidad ontológica del Derecho impone la universalidad de determinados principios e institutos jurídicos, independientemente del hecho de si han tenido vigencia primero en un plano determinado o si se les haya considerado y analizado originariamente en el seno de una rama en particular. Empero, producto de las peculiaridades propias del Derecho Administrativo[647], advertimos que determinados

---

643 LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel y VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosa, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, ob. cit., p. 295.

644 SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "La extinción del contrato administrativo: La rescisión por razones de ilegitimidad", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 51; C.S.J.N., "Cardiocorp S.A.", Fallos 329:5976 (2006).

645 C.S.J.N., "Cardiocorp S.A.", Fallos 329:5976 (2006).

646 AUBRY, Charles y RAU, Charles, *Cours de droit civil français*, Tomo IX, Bartin, Paris, 1917, p. 355; BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, ob. cit., p. 2; COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 472; Corte de Casación francesa, "Boudier", arrêt del 15 de junio de 1892. En sentido similar se ha expedido la jurisprudencia española (citando, como ejemplo, a la sentencia del Tribunal Supremo español del 15.04.2002).

647 Cuyos rasgos principales tienen su punto de partida en el interés público, en la necesidad de su satisfacción y en la presencia estatal encargada de hacerlo (LISA, Federico, *Las notas típicas del Derecho Administrativo y su proyección en el procedimiento y proceso administrativos*, conferencia inédita pronunciada en el "Curso de Especialización en Derecho Administrativo y Derecho Procesal

caracteres distintivos[648] singularizan al mentado principio de interdicción del enriquecimiento injusto en el ámbito iuspublicista.

El Derecho Administrativo[649] exhibe categorías sustantivas que se nutren -con gran intensidad- de diferentes elementos, ya sean normativos o extranormativos, procurando dotar de contenido justo a la aplicación e interpretación del Derecho, en conjunción con los datos que la experiencia refleja en la realidad social, entre las diversas fuentes de Derecho[650]. Dicho dinamismo se vincula necesaria e intrínsecamente con la construcción, promoción y aplicación de los principios generales del Derecho, estrechamente vinculados con el ideal de justicia[651].

Bajo este enfoque, exteriorizamos que tales principios generales ostentan un papel fundamental en el ámbito de nuestra disciplina jurídica, en su carácter de fuente imprescindible de Derecho Administrativo[652], obrando como directrices informadoras del ordenamiento[653], o -incluso- como *"instrumentos de optimización del derecho para la formulación de soluciones justas y equitativas*[654]*"*, que -a modo de brújula- facilitan la búsqueda de ese equilibrio armónico que debe promoverse entre las prerrogativas públicas y las garantías individuales, en medio de una multiplicidad normativa en constante emisión y permanente renovación.

Ya en los orígenes del Derecho Administrativo francés -cuna de nuestra disciplina[655]- se optó por implementar una metodología especialísima, al interpretar las normas aplicables bajo la óptica de los principios generales del Derecho. Basta con citar -a modo de precedentes esenciales[656]- las declaraciones efectuadas el 8 de febrero de 1873 por el Tribunal de Conflictos francés en los arrêts "Blanco" y "Dugave et

---

Administrativo [con particular referencia al régimen de la provincia de Entre Ríos]", Paraná, 5 de agosto de 2005).

[648] Pues el Derecho Administrativo es una de las ramas jurídicas más sensibles a las variaciones políticas y sociales que se producen en el orden de la realidad (SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 54).

[649] Considerado como ordenamiento jurídico, no como ciencia.

[650] CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 62.

[651] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Los principios generales del Derecho Administrativo en la jurisprudencia administrativa española*, EDA, Buenos Aires, 2009, p. 369.

[652] SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 147; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 370; ALTAMIRA GIGENA, Julio, *Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 76.

[653] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Los principios generales del Derecho Administrativo en la jurisprudencia administrativa española*, ob. cit., p. 369.

[654] BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, ob. cit., p. 8.

[655] CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo", en CHINCHILLA MARÍN, Carmen, LOZANO, Blanca y DEL SAZ, Silvia, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 21.

[656] CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1994, p. 19.

Bransiet"[657], exteriorizando que las normas que rigen a la Administración deben ser interpretadas y aplicadas conciliándolas con los principios generales del Derecho.

En línea con ello, partimos de una cadena formada por un universo de principios generales que se encuentran en la base o núcleo del sistema jurídico, y operan como estimulantes de las normas jurídicas, informando su contenido[658]. Tal es criterio sostenido por el Tribunal Supremo español, al sustentar que *"los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas (...) y que la administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho"*[659].

De este modo, se propone una noción de juridicidad que sobrepasa a todo ordenamiento positivo[660], y que despliega particularísimas connotaciones en nuestra disciplina, tal como afirma con gran elocuencia García de Enterría al sostener que *"en parte alguna del ordenamiento la apelación a los principios generales es más necesaria que en el derecho administrativo"*[661].

En tales términos, coincidimos con Silva Tamayo[662] en cuando tilda de insuficiente a la línea de pensamiento positivista que considera que los principios generales del Derecho son tan solo normas implícitas que se obtienen por un proceso lógico-inductivo de las normas escritas[663], sino que deben añadirse las pautas suministradas por valores jurídicos básicos, a partir del principio fundamental de la dignidad humana, en estrecha vinculación con criterios rectores provenientes de los ideales de justicia[664] y de la moral.

---

[657] Extraído de "Jurisprudence Genérale. Recueil Périodique et Critique de Jurisprudence", de *Législation et de Doctrine*, Dalloz, París, 1873, p. 19.

[658] CASSAGNE, Juan Carlos, *Sobre los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 56.

[659] Sentencia del Tribunal Supremo español del 18 de febrero de 1992.

[660] CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y administrativo*, ob. cit., p. 59.

[661] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Revista de Administración Público Nº 38, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1962, p. 177.

[662] SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, ob. cit., p. 29.

[663] Y aun en el supuesto que aparezcan positivizados, tal respaldo no les dota un valor jurídico mayor, sino que evidencia simplemente un arraigo específico. Esto implica reconocer, tal como afirma Cassagne, una huida masiva del positivismo y de las técnicas puramente deductivas de interpretación de las normas, permitiendo que principios de la justicia se desarrollen y apliquen con independencia del ordenamiento jurídico positivo (CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, ob. cit., p. 8).

[664] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el Derecho Administrativo español", en RIVERO YRSEN, Enrique, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (directores), *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano (actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Juan de Castilla y León, Netbiblio, A Coruña, 2008, p. 365.

Cabe aclarar que, si bien todo principio encierra un valor, la diferencia estriba en que los valores (sea la propiedad, el honor, la libertad, la paz, la dignidad, etc.) implican un grado mayor de generalización, por lo que son meramente indicativos. En cambio, los principios generales son preceptos que muchas veces dependen de la reglamentación o del presupuesto estatal para tener eficacia o determinar su alcance, sin perjuicio de su operatividad constitucional[665].

En este entendimiento, resulta incontestable afirmar que la noción del principio que tiende a impedir todo enriquecimiento injusto ha encontrado su lugar de aplicación en el campo del Derecho Administrativo, aunque -acorde a nuestra postura- ello se efectúa con modulaciones o singularidades propias[666], teniendo en consideración las particularidades peculiares del Derecho Público[667], descartando toda posibilidad de consentir que tal principio opere de modo unívoco e invariable como una especie de supraconcepto de la teoría general del Derecho[668].

IX.1. Su recepción en Francia

Retomando los postulados de la experiencia francesa, la evolución de la figura del enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo galo fue diagramada de forma pragmática por su jurisprudencia, a golpe de las necesidades que iban surgiendo y sin un modelo abstracto preconcebido, dado que el *Code Civil* no recogía la *actio de in rem verso*, motivando el desarrollo de una línea jurisprudencial sobre la que luego se elaboraron -por vía de explicación y abstracción- las construcciones teóricas del mentado instituto[669].

A partir de la célebre sentencia de la Corte de Casación francesa del 15 de junio de 1892: el *arrêt Boudier*; se concibió al enriquecimiento sin causa como un verdadero principio general del Derecho[670], especificando que -pese a no haber sido recogido por

---

[665] CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, ob. cit., p. 2.

[666] REBOLLO PUIG, Manuel, *"Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho Administrativo"*, ponencia presentada en el Seminario de Derecho local organizado por la Federación de Municipios de Cataluña, España, junio de 2006, p. 9 (http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/290/qdl12_04_est01_rebollo.pdf?sequence=3).

[667] ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 581.

[668] COSCULLUELA MONTANER, Luis *Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública 84, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1977, p. 189.

[669] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 52.

[670] Rivero clasificó los principios generales del Derecho en cuatro grupos específicos, indicando, como segundo de ellos, a las reglas técnicas formuladas en el Código Civil o en las leyes de procedimiento que el Consejo de Estado adaptó al orden administrativo por juzgarlas consustanciales a todo el orden jurídico, incluyendo allí al principio que veda todo enriquecimiento injusto (RIVERO, Jean, *Los principios generales en el Derecho Administrativo francés contemporáneo*, Revista de Administración Pública Nº 6, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1951, p. 294).

ningún texto legal- su ejercicio no se encontraba sometido a ninguna condición determinada[671].

Además de la originalidad planteada por los tribunales franceses[672], es dable destacar la funcionalidad que aquellos atribuyeron a los principios generales, formulándoles no como normas abstractas ético-jurídicas, sino como proposiciones para un supuesto de hecho dado. He aquí -sin duda- la eficacia de los principios generales del Derecho, pues -tal como ya indicáramos- mientras las normas responden a una cierta estructura lógica donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas con un propósito de precisión, los principios generales aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, mediante su aplicación al caso concreto[673].

En este contexto metodológico, calificada doctrina[674] especificó que el Consejo de Estado francés admitió el derecho del particular a reclamar al Estado alegando la existencia de un enriquecimiento sin causa, en la medida que concurran determinados recaudos, a saber: (i) una conducta o comportamiento estatal irregular; (ii) la ausencia de causa como fundamento jurídico del enriquecimiento estatal y del correlativo empobrecimiento del particular; y (iii) la existencia de una utilidad general o pública del gasto efectuado o del trabajo realizado por el particular. Requisitos que, en base a lo desarrollado en párrafos anteriores, no son idénticamente trasladables al campo de otras ramas jurídicas.

En tal sentido, y enfocándonos en nuestro objeto de trabajo, debe partirse de la consideración de las reglas matrices que regulan la actividad administrativa para analizar la figura del enriquecimiento y contrastarla con los imperativos de justicia que han de presidir las relaciones entre el Estado y los particulares, incluyendo -por tanto- al ámbito de la contratación administrativa. Especialmente ante comportamientos estatales irregulares.

Sobre esta última cuestión, Bayle distingue distintos desequilibrios que pueden producirse bien en la formación del contrato, en donde el Consejo de Estado francés ha aplicado el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto a los supuestos de ausencia de autorización para contratar, ya sea la del mismo ente u órgano que contrata o la de

---

671 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p.16.

672 Resulta muy ilustrativo el comentario de Weil al mencionar que el Consejo de Estado *"ha segregado el Derecho Administrativo como una glándula segrega su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y, sin aquella, éste no hubiese nacido"* (WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 43).

673 CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, ob. cit., ps. 50 - 51.

674 ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo*, Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1974, p. 348.

una autoridad superior, bien en la conclusión del contrato, en cuyo caso el particular tendría derecho a que la Administración le reembolse los gastos erogados[675].

Lo expuesto denota -como particularidad- la falta de imputación al contratista particular sobre aquellos defectos materializados por el propio obrar estatal, ya sea durante la formación o ejecución del acuerdo, conllevando que el particular no tenga que soportar con determinados perjuicios derivados de aquél accionar público. Esta consideración puede bosquejarse frente a casos en que se declare la nulidad de lo acordado, donde el principio que cercena el enriquecimiento sin causa aparece como un medio de atenuar el carácter retroactivo de la declaración de ilegitimidad contractual, así como de encontrar una solución ante la imposibilidad práctica de restablecer la situación de origen. No obstante, el Consejo de Estado francés -siempre atento a los imperativos de legalidad y jurisdicción- clarificó y exceptuó aquellos casos en que la nulidad del contrato haya sido fundada por inmoralidad manifiesta, aplicando la máxima tradicional *nemo auditur propriam turpidines allegans*. De este modo, el contratista que se prevaleció de su inmoralidad no puede obtener la restitución de las prestaciones que ha efectuado[676].

IX.2. Su recepción en España y Alemania

En el sistema español, la consolidación de la interdicción del enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo fue también una obra netamente jurisprudencial. Si bien en un comienzo la judicatura contencioso administrativa, sin negarlo de manera absoluta y general, sostuvo un criterio contrario a la viabilidad de la aplicación de la noción de enriquecimiento torcitero frente al Estado[677] (con escasa operatividad y bajo condiciones materiales y procesales tan estrictas que era difícil o imposible su éxito[678]), lo cierto es que la acción de enriquecimiento injusto con sustancia administrativa comenzó admitiéndose en procesos civiles[679], para luego -con el paso de los años- adentrarse en los demás fueros.

Pese a tales consideraciones, autores de la talla de Villar Palasí sostienen que el principio por el cual nadie debe que enriquecerse con perjuicio de otro -*hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*[680]- ha de ser aplicado, aún sin precisión legal expresa, contra el Estado en ejercicio de función administrativa. Este criterio fue receptado por la jurisprudencia del Superior Tribunal, mediante las

---

675 BAYLE, Gabriel, *L´Enrichissement sans cause en Droit Administratif*, Librairle générale de droit et de jurisprudence, París, 1973.

676 ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 349.

677 REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 60.

678 REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 68.

679 COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 189.

680 Digesto, Libro XII, Título VI, Fragmento 14.

sentencias del 22 de enero de 1975 y del 10 de noviembre de 1975, reconociendo definitivamente el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo español, haciendo alusión a razones éticas y de equidad, bajo un principio elemental de *"justicia intrínseca"*.

Actualmente, considerando los extremos del artículo 42 de la Ley española N° 9/2017, es dable aseverar que la restitución prevista como efecto de la nulidad recepta -implícitamente- a la interdicción del enriquecimiento sin causa en el ámbito de la contratación administrativa.

Por su parte, el sistema jurídico alemán, a diferencia de los sistemas europeos citados, ofreció un sólido soporte a la restitución del enriquecimiento sin causa en su Código Civil, posibilitando así que la doctrina administrativista resultare permeable tanto a las soluciones positivas, como a las técnicas y a las categorías dogmáticas del Derecho Privado germano[681]. Todo ello facilitó la introducción de la figura analizada en el campo del Derecho Administrativo alemán, pero siempre con las modulaciones pertinentes que la convertían finalmente en una institución diferenciada[682].

IX.3. Su recepción en Argentina

En el sistema argentino, la recepción de la figura del enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo también deriva del Derecho Privado[683], con disposiciones inspiradas en el Derecho Natural e incluso del Derecho Romano (el cual llegó a formular y reconocer los más trascendentales principios del Derecho Natural[684]), al igual que el principio general de la buena fe y el *pacta sunt servanda*, pero -tal como ya enunciáramos- con matices propios, a tenor de las particularidades propias de esta peculiar disciplina.

Cabe resaltar, sin embargo, que el Derecho Administrativo argentino, en el proceso de su desarrollo, ha obtenido del Derecho Civil lo más fundamental para su trato con los particulares: la estructura del Derecho de Obligaciones, de cuyo ámbito se analizó a la figura del enriquecimiento sin causa. En consecuencia, las precisiones del Derecho Civil resultan indispensables a los efectos de conocer y estudiar la presencia y

---

681 RETORTILLO BAQUER, Sebastián Martín, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, ob. cit., p. 48.

682 REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 57.

683 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 193.

684 CASSAGNE, Juan Carlos, *Estudios de Derecho Público*, ob. cit., p. 14; MAIRAL, Héctor Aquiles, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, ob. cit., p. 145. En tales términos, el Alto Tribunal federal argentino llegó a sostener que el principio de la prohibición de enriquecimiento sin causa deviene como una *"regla de derecho natural que se aplica, aun ante el silencio de la ley, tanto a favor del Estado como contra él"* (C.S.J.N., "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano", Fallos 245:146, 1959; "Petroquímica Argentina S.A.", Fallos 297:500, 1977).

efectos del enriquecimiento injusto en las instituciones de Derecho Administrativo[685], más allá de toda diferenciación.

Recordemos que en la experiencia jurídica argentina los principios generales del Derecho ingresaron a nuestro sistema a través del Código Civil velezano, sancionado por la Ley Nº 340 del 25 de septiembre de 1869, inspirado en el código austríaco (de inspiración iusnaturalista[686]) para redactar el antiguo artículo 16, estableciendo que *"[s]i una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso"*.

Empero, en materia de Derecho Administrativo, corresponde pormenorizar -a modo de premisa fundamental- que los principios generales del Derecho Administrativo constituyen la fuente a aplicar en defecto de otras normas administrativas, conllevando cierta preferencia respecto de otras normas del Derecho Privado, puesto que el Derecho Administrativo constituye un ordenamiento y no meras normas especiales integrables en sus lagunas por las normas iusprivatistas[687].

Autores como Bielsa destacan que lo indicado precedentemente no quita que, siendo el Derecho Administrativo una rama del Derecho Público, no se apoye en algún principio fundamental del Derecho Privado[688]. Es más, el citado jurista, mediante una consideración general de los cuasicontratos administrativos, formula una especial alusión a la gestión de negocios y al empleo útil[689], respectivamente, al referirse al enriquecimiento injusto.

En sentido similar, se explayaron Fiorini[690] y Marienhoff, aunque este último, si bien parte de la noción del Derecho Natural, al identificar a la teoría del enriquecimiento sin causa como principio general del Derecho con fundamento en el principio *alterum non laedere* y en la moral[691], asoció a la figura en ciernes con los cuasicontratos administrativos. De este modo, consideró que determinados hechos jurídicos son fuente de obligaciones administrativas y se fundamentan en la idea de

---

685 DE JANER Y DURAN, Enrique, *El enriquecimiento sin causa. Origen de instituciones administrativas*, ob. cit., p. 27.

686 DÍAZ COUSELO, José María, *Los principios generales del derecho*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, ps. 100-102.

687 COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 129.

688 BIELSA, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Librería Nacional de J. Lajouane, Buenos Aires, 1923, p. 13.

689 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 1215.

690 Especificando que *"[l]as figuras cuasi contractuales del derecho civil, negocio ajeno y empleo útil, se desvisten de sus formalidades provenientes del derecho privado para poder exhibir el fondo jurídico que las sustentaba, como son el enriquecimiento sin causa, la buena fe y el error provocado"* (FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 535).

691 MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 233.

justicia conmutativa que postula el restablecimiento del equilibrio entre dos patrimonios.

Escola, por su parte, al entender que la idea del cuasicontrato debe ser descartada del campo *iusadministrativista*, plantea que la figura del enriquecimiento injusto, sea como obligación *ex lege*, o surgida de la voluntad unilateral del acreedor, debe ser estructurada contemplando los principios propios del Derecho Público[692].

Cassagne enumera -entre los principios receptados en el Derecho Administrativo- al que veda todo enriquecimiento sin causa, afirmando que todo principio general del Derecho constituye *"el reflejo de una ley natural superior asentada en la moral, integran el orden público administrativo que debe resguardar la Administración, sin perjuicio de las distintas modalidades justas que pueda admitir el desenvolvimiento o aplicación de los principios, particularmente en el campo de las soluciones normativas"*[693].

Vale consignar que el Cimero Tribunal federal ha receptado la viabilidad de la teoría del enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo argentino[694], al admitir, por atención de aquél principio general del Derecho[695] "*aplicable por analogía de fundamentos tanto a las relaciones del derecho privado como a las del derecho administrativo"*[696], el derecho a reclamar el precio o el valor de lo ejecutado o entregado en beneficio de la Administración[697].

Desde esta atalaya, la jurisprudencia no sólo reconoce como principio general del Derecho a aquel que prohíbe el enriquecimiento sin causa del Estado, sino también como fuente de Derecho Administrativo, sin que ello signifique admitir de manera inmutable las reglas de la figura instauradas por el Derecho Privado[698]. Así, se posibilita cierta matización, acorde a las caracterizaciones propias que regulan y justifican la disciplina administrativista. Esta premisa general sirve como guía y punto de referencia para comprender la figura del enriquecimiento injusto en la contratación administrativa, y así abordar los diferentes aspectos que se vinculan a nuestra tesis de trabajo.

Lo que pretendemos dejar esbozado en este acápite es que, al confluir en el Derecho Administrativo *"los elementos normativos del sistema jurídico, los valores que dan contenido justo a la aplicación e interpretación del derecho junto a los datos de la experiencia que refleja la realidad social a través del comportamiento de las normas,*

---

[692] ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 583.

[693] CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, separata de la revista Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998, p. 38.

[694] C.S.J.N., "Gas del Estado S.E.", Fallos 326:2457 (2003).

[695] C.S.J.N., "Constantini", Fallos 174:382 (1936).

[696] C.S.J.N., "Sociedad Anónima Canal y Puerto del Oeste", Fallos 141:190 (1924).

[697] C.S.J.N., "Pfizer Argentina S.A.", Fallos 267:162 (1967); "Stamei S.R.L.", Fallos 310:2278 (1987).

[698] SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 148.

tanto en la jurisprudencia como en la práctica o costumbre"[699], los principios generales del Derecho pasan a integrar el orden público administrativo, como herramienta jurídica que permita arribar a una solución justa en un caso determinado (sea en sede administrativa o judicial), sin perjuicio de *"las distintas modalidades justas que pueda admitir el desenvolvimiento o la aplicación de los principios, particularmente en el campo de las soluciones normativas"*[700].

Bajo tal premisa, y en franca vinculación con la figura del enriquecimiento injusto, el Alto Tribunal federal sentó un precedente relevante para nuestro estudio al determinar que *"[l]a simple aplicación del principio jurídico y moral que veda el enriquecimiento sin causa a costa de otro, o sea, de la aplicación de "una de esas raras reglas del derecho natural, que dominan todas las leyes, aun cuando el legislador no haya tenido especialmente el cuidado de formularlas" (Planiol, Taité élémentaire de droit civil, T. II, núm. 933). Ella rige también por consiguiente, en la relación con el Estado, tanto en su favor como en su contra, que queda así sometido a una especie de "orden moral" [...]"*[701].

Indicando en otra oportunidad que *"si bien del marco contractual no se colige la concreta obligación de pago, ella resulta de los principios generales del derecho, específicamente del principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa de apropiada admisión en el derecho administrativo"*[702]. Exponiendo también que *"[l]os principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible"*[703].

Es dable concluir, entonces, que el Derecho Administrativo, por las peculiaridades que lo caracterizan, no se exterioriza como una rama del Derecho estrictamente positivista, que se expresa en un cuerpo cerrado y esquemático de normas escritas[704], sino que -por el contrario- coexisten diversas fuentes jurídicas, con un rol preponderante del estudio e interpretación de los principios generales que informan a esta disciplina jurídica.

Entre tales principios, individualizamos a aquél que veda todo enriquecimiento sin causa, justificando su recepción en el Derecho Público, tanto vernáculo como

---

[699] CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 34.

[700] CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 38.

[701] C.S.J.N., "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano", Fallos 245:146 (1959).

[702] C.S.J.N., "Gas del Estado S.A.", Fallos 326:2457 (2003).

[703] C.S.J.N., "Gualtieri Rugnone de Prieto", Fallos 332:1835 (2009).

[704] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 90.

foráneo, conformando una verdadera fuente de nuestra disciplina jurídica, por lo que debe ser debidamente aplicado en la medida que corresponda[705].

[705] MAIRAL, Héctor Aquiles, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, ob. cit., p. 165.

CAPÍTULO V

LOS POSTULADOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA A LA LUZ DE LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA[706]

Corresponde ahora analizar la evolución de la doctrina labrada por el Máximo Tribunal federal argentino en relación la temática que nos ocupa[707]: la aplicación del enriquecimiento sin causa en aquellas contrataciones administrativas que ostenten la existencia de vicios graves en alguno de sus elementos esenciales. Especialmente por haberse omitido el procedimiento previsto normativamente, o bien, por haber sido adjudicado el contrato por un órgano incompetente o -incluso- por una persona humana sin capacidad para vincular al Estado (y tales incompetencias no puedan ser subsanadas).

En razón de ello, podemos advertir -al menos- dos diferentes etapas jurisprudenciales puntuales, a saber:

I.- PRIMERA ETAPA: LA NULIDAD CONTRACTUAL Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

I.1. "Sociedad Anónima y Puerto del Oeste" (1924)

[706] Varios de los precedentes que se analizarán en el presente capítulo han sido examinados por Coviello (COVIELLO, Pedro, *Dos pronunciamientos de la Corte Suprema relacionados con el enriquecimiento sin causa en la contratación pública*, El Derecho N° 13.437, Buenos Aires, 2014; "El enriquecimiento sin causa en la contratación pública", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014, p. 213).

[707] Entendemos relevante el estudio jurisprudencial, ya que *"[e]l Derecho Administrativo, pues, no puede en ningún momento desvincularse de la historia"* (WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p.38). No olvidemos que la jurisprudencia debe ser entendida como el conjunto de *"interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico hechas por órganos jurisdiccionales"* (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I, ob. cit., p. VII-46).

Si bien en el año 1900 la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en el precedente "Bossio"[708], tuvo oportunidad de expedirse en relación a un contrato administrativo celebrado ilegítimamente[709], es en el año 1918 cuando el Alto Tribunal argentino, en el fallo "Banco de Londres y Brasil", reconoció el principio que veda todo enriquecimiento injusto, expresando que *"elementales nociones de justicia consagran el principio de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro"*[710]. Empero, es a partir de la sentencia recaída en "Sociedad Anónima y Puerto del Oeste"[711], donde el citado Tribunal consignó explícitamente la procedencia de la *actio in rem verso* contra la Administración Pública, en el marco de obras efectuadas previo a la caducidad de una concesión, remarcando las notas del artículo 728, 2306 y 2309 del Código Civil de la época, al establecer que el concesionario tenía derecho a que se le reintegrara el valor de las obras útiles que había realizado[712]. Se puntualizó en el caso que *"para la procedencia de la acción in rem verso no basta el concurso del empobrecimiento del demandante y del enriquecimiento correlativo del demandado; es además condición esencial la ausencia de justa causa que lo justifique y explique"*[713], desprendiéndose así que la noción del elemento causa -acorde a la Corte de aquél entonces- apuntaba al sentido de causa fuente.

Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: tras tomar a su cargo la canalización y rectificación del Riachuelo ubicado del barrio de La Boca, la firma "Sociedad y Puerto del Oeste" realizó determinados trabajos que no fueron abonados por el Estado. Llagado el caso a la Corte, ésta admitió la existencia de un "*pasaje de valores del patrimonio del concesionario al del Estado"*, al evidenciarse una pérdida pecuniaria de la actora, en base a los principios del enriquecimiento con *"causa aplicable por analogía de fundamentos, tanto a las relaciones del derecho privado como a las del derecho administrativo"*.

Al respecto, el Tribunal manifestó que, conforme a la propia naturaleza de la acción *in rem verso*, para fijar el alcance del reintegro, no debía tomarse en cuenta el monto real de los desembolsos verificados por los concesionarios en la realización de las obras, adquisición de los terrenos, o construcciones correspondientes, ni mucho menos el costo de esos bienes, sino "*simplemente su valor bruto, esto es, el que hubiera representado para el concesionario"*. Con arreglo a tal criterio, la Corte fijó que los trabajos no estarían representados por su costo real, sino tan solo por el movimiento de

[708] C.S.J.N., "Bossio", Fallos 84:280 (1900).
[709] Cuestión que también se avizora en el año 1903 (C.S.J.N., "Arrol Brothers, Limited y otros", Fallos 97:20, 1903).
[710] C.S.J.N., "Banco de Londres y Brasil", Fallos 129:3 (1918).
[711] C.S.J.N., "Sociedad Anónima Canal y Puerto del Oeste c/ Gobierno Nacional", Fallos 141:190 (1924).
[712] TORINO, Enrique, *Enriquecimiento sin causa*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Investigaciones de Seminario IV, Buenos Aires, 1929, p. 133.
[713] Citando la nota a los artículos 728, 2306 y 2309 del antiguo Código Civil argentino.

metros cúbicos de tierra con el cual se dio mayor amplitud y profundidad al canal, facilitando así -a modo de utilidad y aprovechamiento- la navegación, el desagüe de las aguas de inundación y el saneamiento de la zona.

I.2. "Constantini, Hijos de don Luis" (1936)

En el año 1936 se produce la primera aplicación por parte del Máximo Tribunal federal de la figura del enriquecimiento sin causa en el marco de un contrato administrativo celebrado ilegítimamente. En el fallo "Constantini"[714], la Corte argentina expuso que, frente a un contrato nulo, de nulidad absoluta, en razón de que la exigencia de una necesidad imperiosa e impostergable no se encontraba acreditada en el caso, la Administración provincial debía restituir -de acuerdo a *"los principios generales del enriquecimiento sin causa legítima"*- las pérdidas sufridas por el actor en su patrimonio, *"en todo cuanto se haya enriquecido ilegítimamente"* la parte demandada.

En cuanto a la plataforma fáctica que motivó la interposición de la acción, cabe señalar que el Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza decretó un gasto para suministros por la cantidad un millón de plantas de morera blanca y construcciones de parques sin autorización previa de la Legislatura, en vulneración al procedimiento previsto normativamente, alegando razones de urgencia o la existencia de una necesidad imperiosa e impostergable.

Ante la falta de pago por parte de la autoridad pública, la firma contratista que efectuó los trabajos interpuso formal demanda, requiriendo el pago de sumas de dinero adeudadas.

El Cimero Tribunal, además de reconocer la nulidad del acuerdo (por no haber cumplimentado los recaudos normativos aplicables) entendió que *"existe confesión absoluta de la entrega de las plantas, su cantidad y dimensiones y no teniéndolas ya la Provincia debe restituir su valor en la fecha del recibo, toda vez que los principios generales del enriquecimiento sin causa legítima para determinar la medida de aquél ha de tenerse en vista solo la realidad de las pérdidas sufridas por el actor en su patrimonio sin consideración a los beneficios que se había asegurado mediante el contrato ilegal"*; por lo que resolvió condenar a la Provincia demandada a abonar a la parte actora los trabajos efectuados.

I.3. "Empresa Constructora F. H. Schmidt S.A." (1937)

Un año más tarde, tuvo lugar el renombrado fallo "Empresa Constructora F. H. Schmidt S.A. c/ Provincia de Mendoza"[715], cuyo objeto recaía en la construcción del edificio destinado al Palacio de Gobierno del ente demandado. Si bien en el fallo no se hace mención explícitamente a la figura del enriquecimiento sin causa, lo cierto es que ante la declaración de nulidad contractual, al haberse incluido cláusulas modificatorias a

[714] C.S.J.N., "Constantini", Fallos 174:382 (1936).
[715] C.S.J.N., "Empresa Constructora F.H. Schmidt S.A.", Fallos 179:249 (1937).

las previstas en el pliego licitatorio[716] (incrementando valores superiores a los autorizados) la Corte ordenó a la demandada a abonar a la contratista el valor efectivo de las obra cursadas.

En este entendimiento, el citado Tribunal dispuso que *"habiéndose concertado un contrato sujeto a licitación con alteración de las bases aprobadas por el P.E. y bajo las cuales se hizo la subasta, tal contrato no es el resultado de la mejor postura de la licitación, ni se cumple en su celebración la forma expresamente prescripta por la ley, lo que necesariamente tiene que producir su nulidad"*; añadiendo que *"[s]i bien la nulidad hace volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto anulado, corresponde pagar al contratista el valor de las obras"*.

Ahora bien, resulta interesante traer a colación determinados *obiters* del fallo, en la medida que señala que *"[l]o 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"* (el subrayado es propio).

En cuanto al valor a reconocer, se adujo que *"la nulidad del contrato haría volver las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración (art. 1050). Pero es lo cierto que la empresa ha realizado una puerta de la obra en beneficio de la provincia, lo cual representa un valor, así como es verdad que ella ha recibido la suma de $950.000 en títulos y a cuenta. De acuerdo al espíritu de los arts. 1052 y 2309, la provincia debe reconocer y pagar aquel valor a la empresa"*.

I.4. "Marún Nacib" (1938)

El precedente "Empresa Constructora F. H. Schmidt S.A." fue invocado en reiterados pronunciamientos posteriores en los que la Corte ratificó la procedencia de la figura del enriquecimiento injusto en el marco de contratos administrativos celebrados ilegítimamente, tal como sucedió en los autos "Marún Nacib"[717], de abril de 1938. En dicha sentencia la Corte interpretó que, frente al actuar de funcionarios provinciales que excedieron sus facultades legales, surgía el deber de resarcir a la parte actora el *"valor corriente de las mercaderías que efectivamente han sido entregadas, y en la medida en que la provincia se haya enriquecido con ellas"*.

Corresponde mencionar que, en dicho caso, ante la falta de elementos de juicio para establecer la suma total final a abonarse en concepto de reintegro, el Tribunal impuso reservar para un nuevo juicio ulterior el esclarecimiento del monto económico.

I.5. "Provincia de San Juan" (1938)

Meses más tarde, en julio de 1938, la Corte confirmó el criterio anteriormente esbozado en "Schmidt" y "Marún Nacib", declarando que *"la invalidez de los contratos*

[716] Señalando que tales variaciones afectaban directamente el interés público comprometido.
[717] C.S.J.N., "Marún Nacib", Fallos 180:233 (1938).

celebrados por funcionarios provinciales no es óbice para la responsabilidad de la Provincia en la medida que las prestaciones de la contraparte la hayan enriquecido"[718], para así desestimar la demanda incoada, en tanto la propiedad de la demandada había sido efectivamente ocupada por dependencias de la parte actora.

I.6. "Empresa Constructora F.H. Schmidt S.A." (1938)

En agosto de ese mismo año, el Alto Tribunal aplicó idénticos preceptos en el precedente "Empresa Constructora F.H. Schmidt S.A."[719]. Vale consignar que, si bien en dichas actuaciones tampoco la Corte hizo mención expresa de la figura del enriquecimiento sin causa, se remarcó el principio por el cual debe considerarse *"absolutamente nulo el contrato de obra celebrado por una provincia con trasgresión de las formas substanciales exigidas por la ley respectiva"*. Es decir, se dispuso la nulidad del acuerdo por haberse transgredido las formalidades previas requeridas legislativamente, indicando que *"el contrato que se examina, no concordado con las bases de la licitación (…) carece de validez y debe así declararse"*.

En cuanto al valor a reintegrar, el Tribunal estableció que, a tenor de que gran parte de las construcciones realizadas ya habían sido costeadas por el gobierno provincial, correspondía abonarle a la actora -por las obras no certificadas- el saldo reconocido por el gobierno, dado que no surgía de autos prueba alguna que justifique un valor diferente.

I.7. "Consuelo Touceda Humano" (1942)

En el año 1942, en el precedente "Consuelo Touceda Humano"[720], frente al exceso incurrido por el entonces gobernador de la provincia demandada al no contar con la autorización legal respectiva (conforme al ordenamiento local) para requerir los servicios profesionales del actor, la Corte Suprema -en instancia originaria- no sólo confirmó lo antedicho en "Provincia de San Juan" [721], sino que ratificó el principio jurídico general por el cual nadie puede enriquecerse injustamente en daño de otro. Al respecto, manifestó que tal precepto, si bien no se encontraba consagrado expresa o literalmente por el Código Civil, se infería de modo implícito en muchas disposiciones particulares, las cuales lo aplicaban o se basaban en él, tal como surge de los artículos 728, 784, 907, 1052, 1056, 2306, 2309 y 2310, respectivamente, del antiguo Código Civil argentino. Además de las notas del codificador al artículo 499 y al artículo 784, respectivamente.

Cabe destacar que la Corte hizo especial hincapié en el hecho de que *"[l]a demandada ha obtenido una ventaja o utilidad gracias al estudio y al trabajo personal del actor y es un principio jurídico general, aplicable al caso en virtud de lo establecido*

[718] C.S.J.N., "Provincia de San Juan", Fallos 181:166 (1938).
[719] C.S.J.N., "Empresa Constructora F.H. Schmidt S.A.", Fallos 181:306 (1938).
[720] C.S.J.N., "Touceda Humano", Fallos 192:152 (1942).
[721] C.S.J.N., "Provincia de San Juan", Fallos 181:166 (1938).

por el art. 16 in fine del Código Civil, el de que nadie puede enriquecerse injustamente en daño de otro".

I.8. "<u>Administración General de Transportes de Buenos Aires</u>" (1961)

Un caso muy particular fue "Administración General de Transportes de Buenos Aires"[722], resuelto en el año 1961. En dichos autos, la Provincia demandada adquirió varios vehículos de parte de la actora, organismo dependiente de la Empresa Nacional de Transporte (controlada por el Ministerio de Transporte de la Nación), sin percibir esta última la contraprestación correspondiente.

Habida cuenta de que en el contrato vinculante existió originariamente una extralimitación del funcionario provincial, la Corte estimó que ello no bastaba para que los bienes entregados hayan de quedar -sin cargo- en poder del Estado, quien utilizó los vehículos aportados desde su entrega. De este modo, consignó que la pretensión de la actora sería igualmente procedente sobre la base del enriquecimiento sin causa, toda vez que *"entre las facultades de los jueces se halla, en efecto, la de declarar el derecho que rige el caso"*.

Del fallo pueden inferirse dos cuestiones trascendentales. Por un lado, la procedencia del enriquecimiento injusto en el marco de un contrato ilegítimo entre dos personas jurídicas públicas estatales[723]; y, por el otro, la aplicación oficiosa de la figura por parte del Tribunal, en la medida que el principio *iura novit curia* faculta a la Judicatura a declarar la normativa aplicable conforme a los hechos del caso.

I.9. "<u>Gerosa</u>" (1963)[724]

La señora Elena Gerosa recibió un encargo por parte del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, al efecto de introducir, en su ejercicio como despachante de aduana, cuatro equipos abreugráficos al país.

Realizado el trabajo, y presentada la factura pertinente, el Ministerio negó toda posibilidad de pago, aduciendo que los servicios requeridos en realidad fueron perfeccionados por cuenta de la firma que le vendió a la actora los aparatos.

Llegado el caso a la Corte argentina, se especificó que fue efectivamente la Provincia quien encargó las gestiones a la actora, por lo que -recurriendo a la doctrina del enriquecimiento sin causa y con cita del precedente "Administración General de Transportes de Buenos Aires" [725]- sustentó la procedencia de la demanda (incoada como "cobro de pesos"), a fin de que se abonen los servicios prestados.

I.10. "<u>Pfizer Argentina S.A.</u>" (1967)

---

[722] C.S.J.N., "Administración General de Transportes de Buenos Aires", Fallos 251:150 (1961).
[723] BIELSA, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 16.
[724] C.S.J.N., "Gerosa", Fallos 255:371 (1963).
[725] C.S.J.N., "Administración General de Transportes de Buenos Aires", Fallos 251:150 (1961).

El 15 de marzo de 1967, en los autos "Pfizer Argentina S.A."[726], el Alto Tribunal argentino, determinando que la contratación desarrollada entre las partes intervinientes, consistente en la provisión de medicamentos sin previa licitación pública, resultaba nula, estableció el derecho de la actora al pago reclamado, equivalente al valor de los productos consignados (dado que los mismos ya habían sido utilizados y consumidos por la demandada), en razón de la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa[727].

Lo trascendental del fallo se suscita en cuanto el Tribunal afirmó que, de los extremos del artículo 1052 del antiguo Código Civil, se recepta, en materia de nulidades, la teoría del enriquecimiento sin causa[728]. Ello, en el sentido de que *"la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado"*, a modo *statu quo ante*, en sintonía con lo previsto en la legislación civil española[729].

De este modo, se consagró que, ante la omisión de los procedimientos reglados en materia de selección del contratista, declarada la nulidad absoluta e insanable del contrato, la parte enriquecida debía reintegrar a la empobrecida los valores cursados en concepto del supuesto cumplimiento de ese contrato anulado, en la medida en que el artículo 1052 del antiguo Código Civil argentino receptaba implícitamente la figura del enriquecimiento injusto, al prever el deber de restitución de los valores de las prestaciones realizadas.

I.11. "<u>Nación Argentina</u>" (1976)

En los autos "Nación Argentina c/ Alou Hermanos"[730], se pretendió la declaración de nulidad de un contrato celebrado entre el jefe del depósito de caballos "Gral. Las Heras" y la firma Alou Hermanos, por no haberse respetado con el procedimiento licitatorio requerido normativamente y carecer el firmante de competencia suficiente para la celebración del acuerdo concertado.

Por ello, ante la existencia de vicios formales sustanciales, el Estado Nacional interpuso formal demanda a los efectos de que se declare la nulidad del acuerdo. Cuestión que fue admitida por el Alto Tribunal, ordenando no sólo la restitución de las parcelas de terreno que oportunamente recibiera la demandada, sino también las *"demás restituciones a que hubiere lugar (art. 1051 y concs., CCiv.)"*, receptando -implícitamente- la figura del enriquecimiento sin causa.

---

[726] C.S.J.N., "Pfizer Argentina S.A.C.e I.", Fallos 267:162 (1967).

[727] P.T.N., Dictámenes 238:9; 265:105.

[728] Interpretación que podría efectuarse con relación al sistema español vigente en materia de contratos del sector público, acorde a lo normado por el artículo 42 de la Ley N° 9/2017.

[729] *"Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (...)"* (artículo 1303 del Código Civil español).

[730] C.S.J.N., "Nación Argentina", Fallos 294:69 (1976).

Si bien en este precedente fue el propio Estado quien accionó a los efectos de instar judicialmente por la ilegitimidad del acuerdo, la Corte sostuvo que *"la falta de llamado a licitación previa para la celebración del contrato impugnado en autos, imperativamente exigible conforme ha quedado demostrado, acarrea su nulidad por la omisión de un requisito de forma esencial"* (lo subrayado es propio).

I.12. "Stamei S.R.L." (1987)

Los criterios anteriores fueron exteriorizados por la Corte argentina en el fallo "Stamei S.R.L."[731], al destacar que *"la omisión de la licitación pública, cuando ella es requerida por ley, vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación y, por añadidura, el contrato celebrado con el contratista"*. Lo trascendental del caso es que el Tribunal remarcó la pertinencia, no de un derecho a indemnización con base en el presunto incumplimiento contractual, sino del *"derecho a reclamar el precio o el valor de lo ejecutado o entregado en beneficio de la Administración"*, producto de los encargos debidamente ejecutados. Cuestión que le importó *"un beneficio cuya prestación debe ser reconocida"*, como consecuencia de la aplicación del artículo 1052 del antiguo Código Civil, interpretando -tal como se indicó en "Pfizer": *"esta norma no es sino la recepción, en materia de nulidades, de la teoría del enriquecimiento sin causa"*- retrotrayendo las cosas a "su estado anterior", con la expresa salvedad de que mediante dicho resarcimiento se pretenda cubrir equitativamente el enriquecimiento en el demandado y el empobrecimiento en el actor[732].

En idéntico sentido se expidió la Procuración del Tesoro de la Nación, al dictaminar que *"son nulos los contratos administrativos cuya celebración no se ajustase a las formalidades establecidas por las leyes y reglamentos respectivos"*, afirmando que *"cuando el Estado resulta beneficiado con la ejecución de un contrato nulo por la omisión de las formas legales debe indemnizar al tercero contratante en la medida de ese beneficio, esto, por aplicación de los principios generales del enriquecimiento sin causa"*[733]; indicando que *"[t]al nulidad obsta a que el pago que tramita en autos pueda apoyarse en dicho contrato y, si bien, como lo señaló el servicio jurídico del área de origen, pueden eventualmente resultar aplicables los principios del enriquecimiento sin causa, debe tenerse presente que en este marco el crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor"* [734].

---

[731] C.S.J.N., "Stamei", Fallos 310:2278 (1987). En el caso, se efectuó un planteo de nulidad, formulado por la parte demandada: la Universidad Nacional de Buenos Aires, respecto del contrato de obra pública celebrado con la actora a los fines de efectuar trabajos de remodelación para erigir una nueva sede de la Facultad de Filosofía y Letras.

[732] Al efecto, se procuró determinar en qué medida los certificados de obra y de mayores costos emitidos por la contratista resultaban representativos del crédito que a dicho título cabía reconocerle.

[733] P.T.N., Dictámenes 114:31.

[734] P.T.N., Dictámenes 238:9.

De lo expuesto, podemos fácilmente extraer que -frente a la declaración de nulidad contractual- no surge necesaria la invocación expresa de la teoría del enriquecimiento injusto por parte del reclamante, toda vez que dicha figura operaría, conforme al criterio de Corte de ese entonces, prácticamente como una consecuencia lógica de la declaración de nulidad, como si fuese un efecto ínsito en la propia declaración.

Al respecto, si bien en un momento la Corte Suprema interpretó que *"en la esfera del derecho público hace falta una petición expresa de nulidad, habida cuenta de que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de poder la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio, los actos de la Administración"*[735], lo cierto es que tal como entiende calificada doctrina[736]- la nulidad absoluta en el Derecho Administrativo actual podría ser declarada de oficio por el Poder Judicial[737].

II.- SEGUNDA ETAPA: LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA JURÍDICA EN MATERIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

II.1. "Ingeniería Omega S.A." (2000)

En diciembre de 2000, el Máximo Tribunal federal argentino plasmó en los autos "Ingeniería Omega S.A."[738] un cambio de criterio en la materia que nos ocupa, al diagramar la posibilidad de reconocer el derecho del contratista particular con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa bajo una óptica sumamente restrictiva.

En cuanto a los hechos del caso, corresponde señalar que la firma actora, Ingeniería Omega S.A., dedicada a la reparación y mantenimiento de servicios de hospitales, promovió demanda contra la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de obtener el pago de servicios prestados en el Hospital General de Agudos Cosme Argerich.

El juez de Primera Instancia, al hacer lugar a la demanda, condenó al municipio a abonar el importe de los trabajos realizados, en razón del vínculo contractual contraído.

Interpuesto recurso de apelación, la Cámara, al evidenciar la existencia de vicios en la contratación, confirmó la sentencia, ordenando el abono de las sumas reclamadas a la actora.

---

[735] C.S.J.N., "Meridiano", Fallos 301:292 (1979).

[736] COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 427.

[737] Especialmente a partir del razonamiento exteriorizado por la Corte argentina en determinadas causas a partir del año 2001 (C.S.J.N., "Mill de Pereyra", Fallos 324:3219, 2001; "Banco Comercial de Finanzas", Fallos 327:3117, 2004; "Rodríguez Pereyra", Fallos 335:2333, 2012), en cuanto admiten -entre otros- la facultad de la Judicatura de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes.

[738] C.S.J.N., "Ingeniería Omega S.A.", Fallos 323:3924 (2000).

Ante la interposición de recurso extraordinario federal y posterior queja, la Procuración General de la Nación determinó, en su dictamen, que la decisión de la Cámara no hizo más que receptar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establecida en los autos "Pfizer" y "Stamei", al considerar que la omisión de la licitación pública, cuando ella es requerida por ley, vicia de nulidad absoluta al contrato celebrado, conforme los extremos previstos por el artículo 14 de la Ley N° 19.549, por lo que la empresa actora contaba con el derecho al reintegro de lo ejecutado o entregado a favor de la Administración, a la luz de lo establecido en el artículo 1052 del antiguo Código Civil argentino (aplicable en ese momento). Por tanto, pese a dejar sin efecto la sentencia recurrida en cuanto a una variación en torno al régimen de consolidación de deudas, el dictamen de la Procuración convalidó el criterio admitido por la Corte hasta ese entonces, sostenido en la sentencia recurrida por la demandada.

Pese a lo expuesto, la mayoría de los integrantes del Alto Tribunal, al momento de fallar, no sólo recordaron lo sostenido a partir del precedente "Hotel Internacional Iguazú", en cuanto *"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"*[739], sino que también determinaron el criterio esbozado en los autos "Más Consultores Empresas S.A."[740], interpretando que *"la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia"*[741], en correlación con el principio general de Derecho Privado que establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta, conforme lo expuesto en los artículos 975 y 1191 del antiguo Código Civil argentino.

En base a ello, la Corte desestimó la acción incoada, ya que la misma se centraba en obligaciones que derivaban de un supuesto vínculo contractual que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el Derecho Administrativo de aplicación para su formación.

A su vez, la mayoría de los integrantes del Tribunal argumentaron que tampoco resultaba viable la aplicación oficiosa del principio del enriquecimiento sin causa, toda

---

[739] C.S.J.N., "Hotel Internacional Iguazú S.A.", Fallos 308:618 (1986); "Radeljak", Fallos 311:2831 (1988); "Vicente Robles SAMCICIF", Fallos 316:382 (1993).

[740] C.S.J.N. "Más Consultores Empresas S.A.", Fallos 232:1515 (2000).

[741] Criterio reiterado en causas posteriores ("Servicios Empresariales Wallabies S.R.L.", Fallos 323:1841, 2000; "Ingeniería Omega S.A.", Fallos 323:3924, 2000; "Carl Chung Ching Kao", Fallos 324:3019, 2001; "Magnarelli", Fallos 326:1280, 2003; "Laser Disc Argentina S.A.", Fallos 326:3206, 2003; "Indicom S.A.", Fallos 327:84, 2004; "Punte", Fallos 329:809, 2006; "Cardiocorp S.A.", Fallos 329:5976, 2006; "Sciammarella", S.53.XLIV, 2009; "Lix Klett S.A.I.C.", Fallos: 335:1385, 2012; entre muchos otros).

vez que ello *"importa una grave violación del principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de "cobro de pesos" en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada"*.

Para así decidir, la mayoría de los jueces del Alto Tribunal remitieron a la doctrina sentada en el precedente "Transax S.A. "[742], en el marco de una acción por repetición, por la cual se estableció que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos necesariamente al incoarse la demanda, así como también que la carga de la prueba corresponde a la parte actora[743], considerando a ambas cuestiones -invocación y prueba del empobrecimiento- como una *"condición de existencia del derecho a repetir"*.

Lo llamativo de dicha remisión radica en que el último de los fallos mencionados, "Transax", cita a dos precedentes puntuales, también derivados de acciones por repetición: "Mellor Goodwin S.A.C.I. y F."[744] y "Compañía General Fabril Financiera S.A."[745]. En el primero de ellos, la Corte de 1973 remarcó la *"necesidad de que los pronunciamientos judiciales sean una derivación razonada del derecho vigente"*. Mientras que en "Compañía General", el Tribunal Supremo explícitamente demarcó que es una *"misión de los jueces hacer aplicación del derecho objetivo, con independencia de los planteamientos de las partes, de modo que la que el a quo ha efectuado de lo decidido en dicho precedente, con todas sus consecuencias, aún la de índole probatorio, no comporta, en atención a lo expuesto anteriormente, violación del artículo 18 de la Constitución Nacional"*.

Este reenvío jurisprudencial resulta llamativo, toda vez que en "Ingeniería Omega S.A.", una vez transcripta la doctrina sentada en "Transax" (por la que debe proceder la *"indispensable invocación y prueba del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir"*), la Corte argentina estableció que la aplicación oficiosa del enriquecimiento sin causa comporta una *"violación del artículo 18 de la Constitución Nacional"* al menoscabar el derecho de defensa y el principio procesal de congruencia.

De este modo, es a partir del fallo "Ingeniería Omega S.A." donde la Corte Suprema no sólo ratifica los criterios sentados en "Más Consultores Empresas S.A." y en "Transax", respectivamente, sino que traslada determinados *obiters* de tales precedentes al plano del Derecho Administrativo. El primero de ellos es que es posible reconocer valores económicos en favor de un particular con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa, en razón de prestaciones materializadas en el marco de un

[742] C.S.J.N., "Transax S.A.", Fallos 292:97 (1975).

[743] A tenor de las disposiciones contenidas en los artículos 163, inciso 6, 300 y 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

[744] C.S.J.N., "Mellor Goodwin", Fallos 287:79 (1973).

[745] C.S.J.N., "Compañía General Fabril Financiera S.A.", Fallos 291:63 (1975).

acuerdo celebrado ilegítimamente. Ahora bien, el criterio sentado por la Corte consagra la imposibilidad de aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa cuando la misma no fuese alegada -al menos subsidiariamente- y probando el particular los extremos requeridos para su procedencia. Asimismo, el Tribunal sostuvo que, de aplicarse dicha teoría automáticamente, se desvirtuaría el equilibrio que debe existir entre las formalidades administrativas, el uso de los recursos públicos y la protección del derecho de propiedad de quien debe ser un colaborador de la Administración en beneficio del Estado[746].

Es cierto que se consagra -tal como advirtiéramos en los inicios del presente trabajo- un efecto moralizador en el sentido de que el criterio ideado desalienta la realización de contrataciones a espaldas de los principios de juridicidad, concurrencia, publicidad e igualdad que caracterizan a los procedimientos de selección[747], pero entabla -paralelamente- un regla que presenta una interpretación sumamente estricta de la procedencia de la figura del enriquecimiento sin causa, además de desplazar el régimen de nulidades previsto normativamente en materia contractual.

Destacamos que el criterio vertido tuvo ratificación inmediata en innumerables causas posteriores[748]. Veamos algunas de ellas:

II.2. "Carl Chung Ching Kao" (2001)

Un precedente que obliga a la reflexión[749] acerca de las consecuencias de la aplicación de la doctrina propuesta en "Más Consultores Empresas S.A." y ratificada en "Ingeniería Omega S.A." data de septiembre de 2001: el fallo "Carl Chung Ching Kao"[750].

Dicho caso se enmarca en la falta de pago al actor, médico neurocirujano extranjero especializado en técnicas de reconstrucción medular para pacientes cuadripléjicos, por parte de la provincia de La Pampa, en razón de los servicios médicos requeridos mediante una contratación directa para operar a cuatro personas que le fueran derivadas por la Subsecretaría de Salud Pública provincial.

Si bien en este último antecedente no se hace alusión alguna a la figura del enriquecimiento injusto, lo cierto es que, frente a los criterios sostenidos en los fallos citados ("Más Consultores Empresas S.A." e "Ingeniería Omega S.A."), el Alto

---

[746] DUBINSKI, Guido y CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)*, La Ley 2010-F, Buenos Aires, 2010, p. 169.

[747] CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", ob. cit., p. 1289.

[748] C.S.J.N., "Distribuidora Médica de Elena Kapusi", D 604 XXXV (2001); "Droguería Disarfa S.A.", D 414 XXXV (2002); "Diagnóstica S.A.", D586 XXXV (2002); "Oxigenoterapia Norte", O246 XXXV (2002); "ABC Farmacéutica S.R.L.", A916 XXXV (2002); "Biocrom S.A.", B567 XXXV (2002); "Rigecin Laboratorios S.A.C.I.F." R48 XXXVI (2002); "Hius S.A.", H.140 XXXV (2002); "Lemcol S.A." L.271 XXXV (2002); "Tuteur S.A.", T.185 XXXVII (2002); "Patricia y José García S.R.L." P.791 XXXV (2002); "Seguridad Argentina S.A." S.312 XXXV (2002); entre muchos otros.

[749] CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", ob. cit., p. 1279.

[750] C.S.J.N., "Carl Chung Ching Kao", Fallos 324:3019 (2001).

Tribunal, luego de señalar y reconocer que las prestaciones por parte del médico efectivamente habían sido llevadas a cabo y con éxito, dispuso que, conforme a la normativa provincial, un contrato como el invocado por la parte actora debía efectuarse por licitación pública, o bien, mediante contratación directa pero siguiendo el trámite reglado que no fue cumplimentado en el caso, pues no había tenido intervención el Tribunal de Cuentas provincial.

Frente a ello, la Corte, pese a reconocer expresamente la existencia de las prestaciones médicas, rechazó la acción interpuesta, revalidando el criterio sostenido en los fallos "Más Consultores Empresas S.A." e "Ingeniería Omega S.A.".

Consideramos que este precedente demuestra la necesidad de evaluar "caso por caso" la doctrina imperante en esta segunda etapa jurisprudencial, dado que no es dable exigir de un profesional extranjero el conocimiento acabado de una normativa provincial en materia contractual, por lo que compartimos el criterio expuesto por Canda, en cuanto sostiene que una acción de enriquecimiento sin causa resultaría claramente procedente, sin que pudiera imputársele al actor mala fe o culpa alguna[751].

II.3. "Magnarelli" (2005)

Mediante una primera intervención, en el año 2003[752], la Corte resolvió rechazar la demanda incoada por el señor Magnarelli por cobro de pesos contra la Provincia de Misiones y el Instituto Nacional de Servicios Socia les para Jubilados y Pensionados, en razón de un supuesto vínculo contractual, mediante el cual se proporcionó servicios turísticos-recreativos de transporte fluvial a contingentes de jubilados.

Justamente, se efectuaron noventa (90) viajes, que a razón de cien (100) pasajeros por recorrido, completaron cerca de nueve mil (9000) contingentes.

El actor cobró un importe correspondiente a los primeros cuatro mil quinientos (4500) pasajeros transportados, pero no percibió el cincuenta por ciento (50%) restante.

Ante la primera demanda en instancia originaria, la Corte replicó el criterio sostenido en "Más Consultores S.A.", debido a la falta de cumplimiento de los recaudos pertinentes en sede administrativa para acreditar el contrato en cuestión, por lo que rechazó la demanda.

En el año 2005, mediante un nuevo proceso[753], el actor promovió una acción de enriquecimiento sin causa y daños y perjuicios contra la Provincia de Misiones, las firmas Hotelera Misiones Sociedad Anónima Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria, Los Latinos S.A. y otros Unión Transitoria de Empresas e integrantes de ésta última: señores Alberto Mateos; Víctor Chemes; Ramón Sánchez, Hotelera Misiones S.A.C.I.F.I.A., Las Orquídeas S.R.L., Alexander Hotel S.R.L., Los

[751] CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", ob. cit., ps. 1280 - 1281.
[752] C.S.J.N., "Magnarelli", Fallos 326:1280 (2003).
[753] C.S.J.N., "Magnarelli", Fallos 328:3299 (2005).

Latinos S.A., Hotel El Sol S.R.L., Instituto de Previsión Social de la Provincia de Misiones y Turismo Operativo Misionero S.A., exponiendo los mismos hechos del caso anterior.

La Corte nuevamente rechazó la pretensión del actor, aduciendo que *"el cambio de argumentación jurídica no transforma a la actual pretensión en una diferente, ya que se sustenta en las mismas circunstancias de hecho (Fallos: 308:1150) y persigue igual finalidad que el juicio anterior"*, indicando que *"en uno y otro pleito se pretende el pago de una suma de dinero por el mismo quantum (...), por lo que la sentencia recaída en el juicio mencionado precedentemente constituyó la finalización de un proceso de conocimiento y la definición de una cuestión sustancial que adquirió el carácter de cosa juzgada"*.

II.4. "<u>Cardiocorp S.R.L.</u>" (2006)

En diciembre de 2006 se dictó un fallo para el debate: "Cardiocorp S.R.L."[754]. Nuevamente, una firma particular reclamó judicialmente por cobro de pesos en virtud de la entrega de insumos hospitalarios declarados de "legítimo abono" pero no debidamente abonados por la demandada: la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Previamente, corresponde advertir que dichos autos fueron receptados en dos oportunidades diferentes por el Máximo Tribunal. En la primera ocasión, la Corte resolvió, en agosto de 2003, conforme lo dictaminado por la Procuración, que las cuestiones traídas a conocimiento resultaban sustancialmente análogas a las examinadas y resueltas en el precedente "Ingeniería Omega S.A.", por lo que dejó sin efecto la sentencia de Cámara, la cual, al confirmar el decisorio de primera instancia, había hecho lugar a la demanda incoada a fin de obtener el pago de los insumos entregados, y ordenó la remisión de autos al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo fallo.

La Cámara, por mayoría, en su segundo pronunciamiento, entendió que, si bien concernía el rechazo de la acción, correspondía la restitución de las prestaciones, por aplicación de lo dispuesto por los artículos 1050 y 1052 del antiguo Código Civil (vigente en aquel momento), señalando que la desestimación de la aplicación del enriquecimiento sin causa, por no haber sido articulada por la actora al incoarse la demanda, no obsta a la nulidad del contrato administrativo, la cual conlleva las consecuencias de aquélla.

Vueltos los actuados al Máximo Tribunal por vía extraordinaria tras apelación de la demandada, la Procuración General consignó explícitamente que el argumento central del fallo de Corte de 2003 no se asentaba en la nulidad de la contratación, sino en su *inexistencia*, sumado a la inaplicabilidad del enriquecimiento sin causa, al consagrar una violación al principio de congruencia por no haber sido previsto al interponerse la

[754] C.S.J.N., "Cardiocorp S.A.", Fallos 329:5976 (2006).

acción ni probado por la actora, *como condición de existencia del derecho a repetir*. Por ello, opinó que correspondía revocar la sentencia apelada.

Dicho dictamen fue compartido por varios magistrados del Máximo Tribunal, quienes, al revocar la sentencia apelada, remitieron los autos nuevamente al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento.

Lo expuesto no denota más que otro caso similar en donde el Supremo Tribunal ratifica el criterio sentado en "Ingeniería Omega S.A.", por cuanto se menciona la necesaria invocación de los extremos imprescindibles para admitir la demanda con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, toda vez que de las constancias de autos no surgía la pérdida experimentada por la contratista.

Empero, se suscitó una clara divergencia en los pronunciamientos anteriores en tanto en el considerando 4º del fallo, se sostuvo que *"corresponde que, sobre la base de los elementos de juicio obrantes en el proceso, en cada caso los jueces de la causa determinen el importe de lo que se debiera restituir para evitar que la comuna se enriquezca a expensas del patrimonio del particular sin compensación alguna"*. Especificando, en cuanto a la condena a restituir que, como los insumos entregados ya habían sido consumidos por el ente estatal demandado, una eventual *"condena a restituir en especie (...) significaría que la comuna debería convocar a una nueva licitación pública con el único objeto de adquirirlos de un tercero para restituírselos al actor, pues el principio de legalidad presupuestaria le impide proceder de otra manera; vale decir, adquirirlos directamente para entregárselos. En tanto cabe presumir que el importe consignado por el proveedor en las facturas presentadas al cobro está integrado, cuanto menos en buena medida, por el costo (pérdida) que efectivamente tuvo para cumplir con la prestación respectiva; excepto concreta alegación y prueba de la existencia de sobreprecios"*.

Distintos fueron los votos de los jueces Maqueda y Zaffaroni, quienes se remitieron al dictamen del Señor Procurador Fiscal subrogante, ratificando entonces el criterio sentado en "Ingeniería Omega S.A.", mientras que los jueces Highton de Nolasco, Argibay y Fayt, al aplicar el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dejaron vigente lo resuelto por el *a quo*.

Por ello, en concreto, el fallo en cuestión presenta ciertas dudas sustanciales, en la medida que no se consolida una mayoría propiamente dicha, toda vez que observan tres caminos diversos: (i) dos votos que apuntan al reintegro del valor en dinero de los insumos bajo la aplicación oficiosa del enriquecimiento sin causa; (ii) otros dos votos que consagran el criterio sentado en "Ingeniería Omega S.A.", impidiendo todo tipo de reintegro; y (iii) tres últimos votos que, al declarar inadmisible el recurso extraordinario, dejan firme la sentencia de Cámara que condenaba a la demandada a restituir en especie los insumos.

Empero, la parte resolutiva del decisorio apunta exclusivamente a la primera de las alternativas señaladas.

II.5. "<u>Sanecar S.A.C.I.F.I.A.</u>" (2008)

En este antecedente[755], la firma actora inició demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de obtener el pago de una suma de dinero en facturas impagas por los servicios de limpieza que habría brindado en los consejos vecinales y escuelas municipales.

La Corte argentina optó por declarar inadmisible el recurso extraordinario interpuesto, aplicando el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[756], lo cierto es que la Procuración General, al momento de dictaminar, ratificó nuevamente el criterio esbozado por el Tribunal en "Ingeniería Omega S.A.", señalando que si la legislación aplicable determinaba una forma específica para la contratación, dicha forma debía ser respetada, pues hace a la existencia del acuerdo. Asimismo, sostuvo que el recurso incoado por la parte actora no era apto para habilitar la instancia extraordinaria, ya que el reclamo efectuado, invocando el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, no resultaba procedente frente a la falta de la indispensable invocación y prueba del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir, ni había cumplimentado con la carga de acreditar efectivas prestaciones útiles.

Resaltamos los lineamientos efectuados por el dictamen de la Procuración General de la Nación, ya que el *a quo* (Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) había declarado la nulidad absoluta del contrato administrativo debatido, pese a invocar que *"cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito de su existencia"*.

II.6. "<u>Síper Aviación S.A.</u>" (2008)

Un mes más tarde, la Corte Suprema, en los autos "Síper Aviación S.A."[757], al rechazar la demanda en instancia originaria, convalidó nuevamente la doctrina sentada en "Transax S.A" (fundamento del precedente "Ingeniería Omega S.A."), en la medida en que sostuvo la *"inexistencia de una relación contractual válida que permita fundar la responsabilidad de la demandada"*, al evidenciarse la omisión de los procedimientos sustanciales de contratación reglados[758], y, teniendo en cuenta que la actora tampoco

---

[755] C.S.J.N., "Sanecar S.A.C.I.F.I.A.", Fallos 331:978 (2008).

[756] *"La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (...)"*.

[757] C.S.J.N., "Síper Aviación S.A.", S. 596 XXXIII (2008).

[758] Destacamos una variación de criterio en la argumentación del presente fallo, dado que el Tribunal dispuso que *"[c]uando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un <u>requisito legal de validez</u>"*(en vez de requisito de su existencia). Lo subrayado es propio.

invocó ni demostró el empobrecimiento como *"condición de existencia del derecho"*, excluyó toda aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa.

Resulta relevante sostener que en este último caso, donde la actora demandó por el retraso en el pago de factura por trabajos y repuesto proveídos para aeronaves de propiedad provincial, la accionada no opuso, como defensa, la inobservancia del procedimiento previsto para seleccionar al contratista, sino que fue la propia Corte quien oficiosamente afirmó que, de las constancias de la causa, no surgía que se hubieren acreditado los requisitos para llevar a cabo una contratación directa, por lo que consideró que se habían omitido procedimientos sustanciales[759].

II.7. "Orrico S.R.L." (2009)

En octubre de 2009, el Máximo Tribunal federal emitió dos fallos similares: "Orrico S.R.L. c/ Hospital General de Agudos Parmenio Piñero y otros"[760] y "Orrico S.R.L. c/ Hospital General de Agudos Enrique Tornu y otros"[761], en los cuales, al compartir los dictámenes emitidos por la Procuración General, consideró aplicable el criterio sostenido en "Ingeniería Omega S.A.", por ser los autos analizados sustancialmente análogos a dicho precedente.

II.8. "Lix Klett S.A.I.C." (2012)

Una vez más, en julio de 2012, el Alto Tribunal ratificó en "Lix Klett S.A.I.C."[762] el criterio esbozado en "Más Consultores Empresas S.A." y en "Ingeniería Omega S.A.", en cuanto estableció que, frente a una demanda por el cobro de facturas derivadas de un contrato administrativo verbal, aún ante el reconocimiento de ambas partes[763], por la prestación del servicio de operación de mantenimiento de aire acondicionado (calefacción y refrigeración), ventilaciones mecánicas, calderas y tratamiento químico del agua (aire acondicionado en la Biblioteca Nacional, no se cumplimentó con la forma específica exigida por el ordenamiento vigente, la cual reviste el carácter de *"requisito esencial de su existencia"*[764].

---

[759] CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo, ob. cit., p. 1286.

[760] C.S.J.N., "Orrico S.R.L.", O.139.XLIII (2009).

[761] C.S.J.N., "Orrico S.R.L.", O.58.XLIII (2009).

[762] C.S.J.N., "Lix Klett S.A.I.C.", L.249.XLV (2012).

[763] Según las constancias de la causa, cabe señalar que existieron dos contrataciones directas por servicios ejecutados en la Biblioteca Nacional, entre la firma actora y el Ministerio de Cu1tura y Educación, correspondientes los períodos entre el mes de septiembre y diciembre de 1992 y septiembre y diciembre de 1993. Empero, a partir de 1997, dado que por decreto la Biblioteca Nacional pasó a revestir el carácter de ente autárquico bajo la órbita de la Secretaría de Cultura de la Nación, también dependiente del Poder Ejecutivo, la actora el continuaron su relación mediante acuerdos verbales, ratificados por diferentes actos.

[764] Acorde al criterio sostenido anteriormente por dicho Tribunal (C.S.J.N., "Más Consultores Empresas S.A.", Fallos 323:1515, 2000; "Servicios Empresariales Wallabies S.R.L.", Fallos 323:1841, 2000; "Ingeniería Omega S.A.", Fallos 323:3924, 2000; "Carl Chung Ching Kao", Fallos 324:3019, 2001; "Magnarelli", Fallos 326:1280, 2003; "Laser Disc Argentina S.A.", Fallos 326:3206, 2003; "Indicom S.A.", Fallos 327:84, 2004, "Punte", Fallos 329:809, 2006).

En tal sentido, pese a que fue reconocido por las partes el tratamiento de acuerdos verbales, la Corte postuló que en la causa *"no se observaron los procedimientos sustanciales pertinentes ni se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo, tal como lo exige la normativa"*. Promoviendo así el principio de programación, en la medida que fulmina con la inexistencia al acuerdo por no estar debidamente programado con su correspondiente partida presupuestaria con respaldo legal[765].

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

Es interesante remarcar lo expresado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en tanto, al revocar la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda promovida por la firma actora, expresó que *"si bien en sus orígenes hubo contratación directa no así durante el período reclamado, durante el cual no consta vinculación formal alguna entre la actora y la Biblioteca Nacional"*, agregando luego, en razón del criterio sostenido por el Alto Tribunal, que *"la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda perfeccionado. Cuando la legislación exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. Consecuentemente, toda vez que la actora no aportó elemento de convicción alguno -como era su propio interés (art. 377, Código Procesal)- referido a este aspecto corresponde desestimar sin más el planteo de la demandante"*.

En otro orden de ideas, la alzada consideró que *"las facturas comerciales no son títulos ejecutivos ni constituye prueba indudable del cumplimiento de la prestación aludida en ellas. Son, en todo caso, un documento remitido unilateralmente por el comerciante que puede, según las circunstancias, configurar un indicio que forme la convicción del magistrado en un sentido determinado"*.

III.- ¿UNA TERCERA ETAPA?

En 2008 surgió un primer interrogante: "Rapel SA.C.I.F.I. y A.". La actora inició contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires una acción reclamando el pago de una suma de dinero por los trabajos realizados en un programa de radio, Primera y segunda instancia acogieron favorablemente la pretensión de la actora. Interpuesto recurso de queja por la demandada, tras extraordinario denegado, la Corte

[765] PEREZ HUALDE, Alejandro, "Los contratos públicos como regla de derecho en el neoconstitucionalismo", ob. cit., p. 477.

Suprema[766], en noviembre de 2004, revocó la sentencia impugnada, con fundamento en el precedente "Ingeniería Omega S.A.", dado que las cuestiones debatidas resultaban sustancialmente análogas, ordenando el dictado de un nuevo pronunciamiento.

Remitidos los autos a la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en mayo de 2005 se resolvió la demanda incoada, determinando la nulidad absoluta de la relación contractual, e imponiendo a la demandada la obligación de restituir el valor de las emisiones radiales efectuadas.

Disconforme con dicho pronunciamiento, la demandada dedujo nuevo recurso extraordinario y posterior queja. La Procuración General consideró que la causa encontraba adecuada respuesta en el dictamen emitido por dicho organismo del Ministerio Público en los autos "Cardiocorp S.R.L.", de septiembre de 2005, donde dispuso, al remitirse a "Ingeniería Omega S.A.", que el argumento central de dicho precedente no se asentaba en la nulidad contractual, sino en su inexistencia, por lo que los valores requeridos a la demandada resultaban improcedentes.

Pese a ello, el Alto Tribual, mediante sentencia del 6 de mayo de 2008, sostuvo que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja, resultaba inadmisible, por lo que aplicó los extremos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Tiempo después, como bien advierte Coviello[767], en dos pronunciamientos recientes, podría llegar a interpretarse un regreso, o bien, un cambio de rumbo, en la temática que nos ocupa: los precedentes "Case"[768]e "Ingeniería y Asistencia Técnica Argentina Sociedad Anónima de Servicios Profesionales"[769].

En el primero de dichos precedentes, mediante sentencia de octubre de 2010[770], la Corte Suprema, al compartir y hacer suyos los fundamentos y conclusiones de la Procuración General, revocó la sentencia de Cámara, la cual, al confirmar la sentencia de primera instancia, había desestimado la reconvención y la solicitud de nulidad del contrato planteada por la demandada, la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, admitiendo la demanda por cobro de pesos en concepto de un contrato de concesión, adjudicado por licitación, para la construcción, conservación y explotación de centros geriátricos municipales.

Del dictamen de la Procuradora Fiscal, al indicar la existencia de irregularidades formales en los pliegos, se dedujo que *"en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad la Administración Pública, ésta se*

[766] C.S.J.N., "Rapel S.A.C.I.F.I. y A.", R.1862.XXXVIII (2004).
[767] COVIELLO, Pedro, *Dos pronunciamientos de la Corte Suprema relacionados con el enriquecimiento sin causa en la contratación pública*, ob. cit., p. 4.
[768] C.S.J.N., "Case S.A.C.I.F.I.E.", C.347.XLVIII (2013).
[769] C.S.J.N., "IATASA", I.33.XLVIII (2013).
[770] C.S.J.N., "Case S.A.C.I.F.I.E.", Fallos 333:1922 (2000).

halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal y que en virtud de ese mismo principio no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos de condiciones generales puedan prevalecer sobre lo dispuesto en normas de rango legal, ya que debe, en todo caso, entenderse que el sentido, validez e incluso la eficacia de las primeras quedan subordinadas a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato que los pliegos tienen por finalidad reglamentar (conf. doctrina de Fallos: 316:3157)". Seguidamente, puntualizó el criterio sostenido por el Máximo Tribunal federal en cuanto *"la validez y eficacia de los contratos de la Administración Pública se supeditan al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes, en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (Fallos: 308:618; 316:382; 323:1515, entre otros)"*.

Por lo tanto, frente a la irregularidad señalada, el acto celebrado resultaba pasible de ser anulado en sede judicial, conforme la reconvención deducida por la demandada. Tales consideraciones fueron compartidas por la mayoría de los magistrados integrantes del Tribunal, quienes, al dejar sin efecto la sentencia apelada, ordenaron el envío de las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento.

Vueltos los autos a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil interviniente, en noviembre de 2011, un nuevo pronunciamiento dispuso la nulidad absoluta del contrato administrativo, atento la inobservancia de formas legales. En consecuencia, la Cámara -retomado los argumentos vertidos por la Corte en los autos "Stamei"- sostuvo que los extremos del artículo 1052 del antiguo Código Civil (aplicable a ese momento) no son sino la recepción, en materia de nulidades, de la teoría del enriquecimiento sin causa y sobre dicha cuestión se declara *"el derecho a reclamar el precio o el valor de lo ejecutado o entregado en beneficio de la Administración en la medida que los trabajos ejecutados por la contratista fueron ordenados por la comitente y reportaron a ésta un beneficio cuya prestación debe ser reconocida (...)"*.

Apelada dicha sentencia, mediante recurso extraordinario y posterior queja, el Alto Tribunal federal dispuso que el recurso incoado resultaba inadmisible, por lo que también aplicó los extremos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en fecha 28 de noviembre de 2013, quedando firme el pronunciamiento de Cámara.

En esa misma fecha, el Cimero Tribunal federal dictó, a su vez, sentencia en los autos "Ingeniería y Asistencia Técnica Argentina Sociedad Anónima de Servicios Profesionales", aplicando, coincidentemente con "Case", los postulados del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Vayamos sobre los hechos del caso y su recorrido hasta la sentencia de Corte del año 2013.

En octubre de 2010, el Alto Tribunal, al compartir y hacer suyos los fundamentos y conclusiones del Ministerio Público, dejó sin efecto la sentencia de Cámara, la cual, al confirmar el decisorio de primera instancia, había hecho lugar a la demanda promovida contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por cobro de pesos por los servicios profesionales adicionales de inspección de obra y consultoría referidos al Programa de Mantenimiento Urbano.

Por su parte, la Procuradora Fiscal advirtió en su dictamen que los trabajos efectivamente realizados no configuraban el carácter de adicionales, sino que resultaba un nuevo proyecto en sí. Por ende, estimó pertinente reiterar el criterio sostenido por la Corte en los precedentes "Más Consultores Empresas S.A." e "Ingeniería Omega S.A.", al enunciar que cuando *"la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia"*, cuestión que fue compartida por la mayoría de los integrantes del Máximo Tribunal federal al revocar el fallo de Cámara, remitiendo los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento.

Seguidamente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil interviniente, en agosto de 2011, estableció que *"todo lo actuado en el expediente administrativo configuró actuaciones nulas de nulidad absoluta (acto irregular), por carecer de elementos o padecer de vicios graves (vicio en la competencia y formas esenciales)"*.

Apelada dicha sentencia mediante recurso extraordinario y posterior queja, el Alto Tribunal federal dispuso, al igual que en "Case"[771], que el recurso incoado resultaba inadmisible, por lo que aplicó los extremos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, quedando firme también el pronunciamiento de Cámara.

Al respecto, Coviello[772] afirma que podría llegar a demarcarse un cambio de rumbo tendiente a la búsqueda de justicia del caso.

Por nuestra parte, ansiamos el dictado de un nuevo fallo de Corte que desentrañe expresamente la temática en cuestión, matizando la postura sentada a partir de "Ingeniería Omega", cuya aplicación rígida puede ocasionar decisiones injustas. Hasta entonces, solo podemos enfatizar que el Máximo Tribunal federal en las causas "Case" e "IATSA", del año 2013, al igual que en "Rapel" de 2008, sólo rechazó, acorde a su sana discreción, los recursos extraordinarios incoados por falta de agravio federal

[771] C.S.J.N., "Case S.A.C.I.F.I.E.", C.347.XLVIII (2013).

[772] COVIELLO, Pedro, *Dos pronunciamientos de la Corte Suprema relacionados con el enriquecimiento sin causa en la contratación pública*, ob. cit., p. 11.

suficiente o por estimar que las cuestiones planteadas resultaron insustanciales o carentes de trascendencia, tal como indican los postulados del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Si bien la permanencia de la jurisprudencia es deseable, con fundamento en la preservación de la seguridad jurídica, es dable recordar que *"no debe obstar a su revisión cuando medien razones de justicia suficientes al efecto"*[773].

[773] C.S.J.N., "García de Thorndike", Fallos 248:115 (1960).

TERCERA PARTE:

FRENTE A DETERMINADOS SUPUESTOS, ¿ES VIABLE LA APLICACIÓN OFICIOSA DE LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL MARCO DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO ILEGÍTIMO E INSUSCEPTIBLE DE SANEAMIENTO?

CAPÍTULO VI

LA APLICACIÓN DE LA INTERDICCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

I.- CONSIDERACIONES

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sostiene que la aplicación de la figura que veda el enriquecimiento sin causa estatal resulta procedente en instancia judicial sólo en aquellos casos en que expresamente sea invocada por el particular (al menos de manera subsidiaria), y se acrediten, en la etapa procesal oportuna, sus diversos presupuestos[774]. Ello, con fundamento en lo establecido por los artículos 163 -inciso 6[775]-, 330[776] y 337 -segunda parte[777]- del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A fin de analizar tales recaudos, expondremos: (i) los requisitos del enriquecimiento injusto en el plano del Derecho Administrativo, y (ii) los recaudos procedimentales y procesales que justificarían un eventual reconocimiento, ya sea en sede administrativa, o incluso en instancia judicial.

---

[774] C.S.J.N., "Ingeniería Omega S.A.", Fallos 323:3924 (2000), entre otros.

[775] *"La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: (...) 6.- La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos"*.

[776] *"La demanda será deducida por escrito y contendrá: 1 El nombre y domicilio del demandante. 2 El nombre y domicilio del demandado. 3 La cosa demandada, designándola con toda exactitud. 4 Los hechos en que se funde, explicados claramente. 5 El derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias. 6 La petición en términos claros y positivos. La demanda deberá precisar el monto reclamado, salvo cuando al actor no le fuere posible determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso, o porque la estimación dependiera de elementos aún no definitivamente fijados y la promoción de la demanda fuese imprescindible para evitar la prescripción de la acción. En estos supuestos, no procederá la excepción de defecto legal. La sentencia fijará el monto que resulte de las pruebas producidas"*.

[777] *"Los jueces podrán rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan. Si no resultare claramente de ellas que son de su competencia, mandarán que el actor exprese lo necesario a ese respecto"*.

II.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA TEORÍA QUE VEDA EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (A LA LUZ DEL CRITERIO DEL ALTO TRIBUNAL FEDERAL ARGENTINO)

II.1. Requisitos generales de la figura que veda todo enriquecimiento sin causa[778]

Resulta posible identificar -como componentes de tinte material -ocho elementos diferentes a los efectos de analizar un supuesto de enriquecimiento sin causa en la Teoría General del Derecho, a saber:

(i) la presencia del enriquecimiento de un patrimonio determinado,

(ii) el empobrecimiento vinculado con dicho enriquecimiento, reflejado en otro patrimonio (correspondiente a una persona diferente a la enriquecida);

(iii) un origen común entre ambos desplazamientos, aunque el enriquecimiento usualmente es directo, por una interdependencia inmediata con relación al empobrecimiento[779],

(iv) la correlatividad entre tales desplazamientos patrimoniales;

(v) la falta de causa jurídica entre ambos;

(vi) la ausencia de responsabilidad del empobrecido;

(vii) la ausencia de interés personal del empobrecido en el desplazamiento evidenciado, y -por último-

(viii) la inexistencia de otra figura (procedimental o procesal) para reclamar y/o demandar, en la medida que no resulte posible identificar una fuente de obligaciones específica prevista por el ordenamiento normativo, conjugado con la ausencia de una acción vinculada -precisamente- a esas fuentes normativas, que permita al empobrecido reclamar por los valores correspondientes[780].

II.2. Requisitos propios del enriquecimiento incausado en el Derecho Administrativo

II.2.i. Enriquecimiento del Estado

Alude a la utilidad directa, ventaja o provecho que el supuesto desplazamiento patrimonial sin causa concretiza en atención a un interés público determinado y a la necesidad de la ejecución de la prestación (sea entrega de bienes, realización de tareas o prestación de servicios)[781].

Dicha utilidad[782] o ventaja (sea patrimonial o no[783]) debe ser susceptible de apreciación pecuniaria[784] y atiende a la satisfacción del interés general de la

[778] C.S.J.N., "Cabanillas", La Ley, Tomo 28, Buenos Aires, 1942, p. 385. En igual sentido se ha expedido la Procuración del Tesoro de la Nación (P.T.N., Dictámenes 241:115).
[779] BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, ob. cit., p. 2.
[780] BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, ob. cit., p. 4.
[781] ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 582.
[782] ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 184.

colectividad[785], o un grupo reducido de esta[786]. No es suficiente el mero traslado patrimonial injustificado a favor del Estado, sino que resulta ineludible que este traslado genere una utilidad efectiva[787] para determinados integrantes de la comunidad[788].

Bajo este enfoque, el enriquecimiento sin causa a favor del Estado consiste -como hecho económico[789]- en la obtención de un bien o servicio[790] indispensable y necesario[791] para atender un fin público[792], que trae aparejado una ventaja valuable pecuniariamente, sin evidenciar contraprestación alguna ni causa jurídica que lo sustente. Así, el enriquecimiento se ha de conectar con una adecuación al bien común, posibilitando una determinación cuantitativa y perdurable en el tiempo, subsistente hasta el momento del reclamo administrativo o de la acción judicial[793]. La ventaja patrimonial surge -en el común de los casos- de una atribución que se perfecciona por medio de un acto de disposición material[794].

Cabe señalar que esta última regla sólo opera a modo general, en tanto puede suceder que dicha condición no persista al momento de incoarse una eventual demanda. Tal es el caso, por ejemplo, de la provisión de bienes consumibles o fungibles, en la medida que hayan sido transmitidos a terceros, o bien consumidos tras la recepción estatal. En tales supuestos, entendemos que lo decisivo consiste en evaluar *"la medida del enriquecimiento: cantidad determinada por diversas circunstancias concurrentes en la adquisición de la ventaja y en la naturaleza de la misma"*[795].

II.2.ii. Empobrecimiento del particular

Como contrapartida o anverso del enriquecimiento injustificado del Estado, se advierte una pérdida pecuniariamente apreciable en desmedro del particular[796], producto

---

[783] Debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida ya sea activamente -como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión- ya sea pasivamente -como el ahorro de un gasto inminente y de otro modo inevitable. No siempre es, pues, necesariamente, un aumento o incremento patrimonial sino que puede aparecer como ahorro de gastos o preservación de un patrimonio (REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, *Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo VI, Diagramación E I.B.M. Studium, Lima, 1988, p. 775).

[784] FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, *El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional*, ob. cit., p. 65.

[785] ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., ps. 582-583.

[786] FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 537.

[787] C.S.J.N., "Placido Vega", Fallos 275:106 (1969).

[788] BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, ob. cit., p. 5.

[789] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 446.

[790] BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo II, ob. cit., p. 518.

[791] FIORINI, Bartolomé *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 539.

[792] ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 583.

[793] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 140; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo II, ob. cit., p. 519.

[794] NUÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, ob. cit., p. 18.

[795] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 87.

[796] DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, ob. cit., p. 102.

de un detrimento patrimonial efectivo, o bien de una ausencia de un incremento de esa índole, motivada justamente por la falta de una contraprestación estatal ante los bienes, tareas o servicios efectuados[797], sin que medie por parte de éste intención de donar o un ánimo de gratuidad en su labor[798].

Es dable destacar que dicho empobrecimiento debe computarse a la fecha en que se materializó, sin considerar posibles aumentos producto del paso del tiempo (sin perjuicio de la aplicación de eventuales intereses[799]).

La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que, para la aplicación del los principios que vedan todo enriquecimiento injusto, el crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco exceder del enriquecimiento estatal, estando por tanto sometido siempre al límite menor[800]. Razonamiento receptado tanto por la jurisprudencia española, al exponer que *"la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el beneficio efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, pero tiene también otro límite, infranqueable igualmente, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor debiendo regirse por la cifra inferior, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa no podrá el actor reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento"*[801], como por la jurisprudencia colombiana, al consignar que *"puede suceder que no exista coincidencia o igualdad entre el valor del empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento del otro patrimonio, puesto que: i) el enriquecimiento es superior al empobrecimiento, evento en el cual el valor de la reparación será por el monto del empobrecimiento, con lo cual se restablece el patrimonio afectado, puesto que la acción no puede convertirse en nueva fuente de enriquecimiento; ii) cuando el enriquecimiento es inferior al empobrecimiento, el valor de la reparación será por el monto del enriquecimiento, puesto que el titular del patrimonio enriquecido no puede resultar condenado por una suma mayor de aquella que realmente ingresó injustificadamente a su patrimonio y ello, porque la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente principal de obligaciones no conduce a la indemnización de un daño sino a la compensación de un detrimento patrimonial injustificado"*[802].

Sin perjuicio de ello, calificada doctrina entiende que debería abonarse el precio de mercado de la prestación, cuestión que incluye la utilidad del proveedor, así como

---

[797] P.T.N., Dictámenes 280:107.

[798] FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, *El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional*, ob. cit., p. 65.

[799] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV-B, ob. cit., p. 402.

[800] P.T.N., Dictámenes 247:116.

[801] Sentencia del Supremo Tribunal español del 25 de noviembre de 1985 (S.T.S. 517/1985).

[802] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Droguería Santa Fe de Arauca" (N° 07001-23-31-000-1997-00705-01[15662]), 29.01.2009.

sus respectivos intereses y no únicamente el costo efectivamente incurrido en la ejecución de la prestación[803].

Somos de la idea de que la exigencia del empobrecimiento debe relativizarse, poniendo énfasis especialmente en el enriquecimiento estatal, en perjuicio del particular afectado[804], por lo que el alcance de la restitución económica que corresponde al empobrecido debe analizarse en cada caso puntual, en virtud de los comportamientos alegados y debidamente probados[805].

II.2.iii. Correlación entre empobrecimiento y enriquecimiento (o relación causal entre ambos[806])

Refiere a la necesaria correlación que debe existir entre la utilidad constatada en favor del interés público y el empobrecimiento del particular[807], operando ambos -en una misma consecución de hechos- como fenómenos concomitantes y recíprocos, ya que no existiría el uno sin el otro[808].

Corresponde precisar que dicha correlación no se evidencia en términos cuantitativos en todos los casos[809], pero ineludiblemente el desplazamiento patrimonial evidenciado produce -como consecuencias paralelas y conexas- el enriquecimiento y el empobrecimiento, de uno y de otro sujeto.

II.2.iv. Ausencia de causa justificante

Para que la figura pueda prosperar, resulta menester que el enriquecimiento se revele de alguna manera como injustificado[810]. Es decir, debe haberse gestado sin una causa jurídica que lo avale, sustente, justifique y/o explique[811].

El particular que ha suministrado bienes o materializado trabajos, encargos o servicios no debe ostentar un título formal, legítimo y fundante[812], como explicación jurídico-patrimonial, siquiera oponible[813], que lo respalde. Caso contrario, se justificaría una retribución a título de contraprestación contractual[814], tal como consignó el Tribunal

---

[803] MORÓN URBINA, Juan Carlos, "¡Muchas gracias, que Dios se lo pague! El enriquecimiento sin causa de la Administración Pública con motivo de la contratación estatal", en *Derecho Administrativo en el siglo XXI, Contratación estatal, potestad sancionadora de la administración pública y procedimiento administrativo sancionador*, Tomo I, Adrus D&L Editores, Arequipa, 2013, p. 94.

[804] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 84.

[805] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 27.

[806] P.T.N., Dictámenes 247:38.

[807] BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*. *Obligaciones*, Tomo II, ob. cit., p. 521.

[808] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV-B, ob. cit., p. 388.

[809] NUÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, ob. cit., p. 111.

[810] DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, ob. cit., p. 103.

[811] C.S.J.N., "Sociedad Anónima Canal y Puerto del Oeste", Fallos 141:190 (1924).

[812] COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de Obligaciones*, ob. cit., p. 70.

[813] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV-B, ob. cit., p. 392.

[814] MORÓN URBINA, Juan Carlos, "¡Muchas gracias, que Dios se lo pague! El enriquecimiento sin causa de la Administración Pública con motivo de la contratación estatal" en *Derecho Administrativo en el siglo XXI, Contratación estatal, potestad sancionadora de la administración pública y procedimiento administrativo sancionador*, Tomo I, ob. cit., p. 66.

Supremo español al enfatizar que *"no se enriquece torticeramente el que reclama y obtiene lo que le corresponde en virtud de un contrato válido y solemne"*[815].

II.2.v. Inexistencia de disposición legal prohibitiva

Se sostiene que para que resulte admisible el reintegro por enriquecimiento sin causa, no debe existir ninguna norma jurídica que prohíba o impida el pago de la suma en que deba consistir el reintegro[816], a fin de restablecer el equilibrio entre los patrimonios afectados. En este sentido, se hace referencia a que el fenómeno del enriquecimiento no eluda una disposición imperativa de la ley[817], pues *"no hay enriquecimiento torcitero en los actos que tienen lugar y desarrollo a tenor de las leyes"*[818].

II.3. Requisitos procesales de la *actio in rem verso* o procedimentales del "legítimo abono"

Sabido es que el Derecho no se limita a proclamar el principio por el cual se prohíbe el enriquecimiento infundado, sino que ofrece remedios para corregir escenarios donde aquel enriquecimiento se haya efectuado. El sistema jurídico proporcionaría tan sólo derechos ilusorios si no promoviera los medios necesarios para restaurar determinadas situaciones[819].

II.3.i. La *actio in rem verso*

A partir del precedente "Ingeniería Omega S.A.", la Corte argentina instauró un criterio sumamente estricto al efecto de dilucidar la procedencia de la antedicha *actio*. Evaluemos los requisitos que surgen del razonamiento del Alto Tribunal.

a)- Legitimación

Debe invocarse un derecho jurídicamente tutelable por parte del particular (más allá de que se declare, en instancia administrativa o judicial, la inexistencia jurídica del vínculo contractual), producto de la traslación patrimonial injustificada, dotándole de legitimación suficiente para invocar la figura del enriquecimiento sin causa, tanto en sede administrativa como en una eventual instancia judicial.

En razón de ello advertimos el carácter personal de la pretensión restitutiva de valor, como facultad virtual del derecho de propiedad a los efectos de reclamar la restitución de un valor determinado[820], producto de la esfera jurídica vulnerada y el desequilibrio patrimonial comprobado. Es por ello que lo que legitima la formulación del reclamo administrativo o la acción judicial es el derecho que ostenta aquél sujeto de

---

[815] Sentencia del Tribunal Supremo español del 24.04.1931.

[816] ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 583; ALTERINI, Atilio, AMEAL, José y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, ob. cit., p. 743.

[817] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 90.

[818] Sentencia del Tribunal Supremo español del 24.04.1931.

[819] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 107.

[820] STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 20.

requerir los valores producidos por su actividad personal, pretendiendo reivindicar las consecuencias que resulten útiles de su obrar[821].

b)- Objeto

Al invocar expresamente la figura del enriquecimiento sin causa (aun de modo subsidiario), el objeto de la pretensión se conduce con la restitución del valor económico que, a modo de gasto o costo incurrido, conlleva la entrega del bien, realización de tareas o prestación del servicio, desprovisto de toda intención de lucro o ganancia. En este sentido, se consolida una deuda de valor[822], consistente en la devolución de los importes que se condigan -como mínimo- con el empobrecimiento generado en cabeza de su autor.

Esta concepción podría incluso relacionarse -a fin de un mejor entendimiento- como contraparte absolutamente simétrica del desplazamiento patrimonial evidenciado.

De este modo, justificamos la afirmación por la cual la pretensión resulta de índole personal. No es, por tanto, una acción real que permita recuperar la cosa o deshacer la atribución patrimonial operada. Tampoco consiste en una acción de daños y perjuicios, dado que se pretende recomponer un equilibrio patrimonial, más que reparar el empobrecimiento generado. Ni mucho menos reviste el carácter de una acción *erga omnes* contra cualquiera que finalmente haya ingresado en su patrimonio la cosa, sino precisamente frente contra quien haya resultado enriquecido[823] y en la medida en que se acredite un valor por tal enriquecimiento, correlativo al empobrecimiento de la otra parte.

Sobre este último aspecto, cabe señalar que el valor no podrá exceder -a modo de límite- del empobrecimiento que se logre acreditar. Sin embargo, dicha regla es plausible de discutidas matizaciones, en tanto pueden surgir problemas de aplicación de acuerdo a los criterios que se utilicen a fin de corroborar las magnitudes de las correlativas cuestiones, especialmente el enriquecimiento, dependiendo del tipo de encargo que se acredite en el caso en concreto.

En el marco de nuestro trabajo, la pretensión por enriquecimiento sin causa tiene su fundamento básico -tal como entiende el Consejo de Estado colombiano- en:

> *"La prestación de un servicio, el suministro de bienes o la confección de alguna obra en beneficio de un ente público, sin que el prestador de tales servicios, prestador de tales bienes o constructor de la obra hubiere obtenido la contraprestación equitativa que gobierna el intercambio de bienes y servicios (...), por la elemental razón de no existir negocio jurídico como fuente de obligaciones que gobierne la situación planteada. Así las cosas, el particular ve disminuido su patrimonio, en tanto que la Administración verá*

[821] STÁBILE DE NUCCI, María Luisa, *Enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 60.
[822] LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV-B, ob. cit. p. 378.
[823] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 11.

aumentando el suyo, y ésta se favorecerá por contera al no pagar las sumas correspondientes, sin que exista para ello fundamento ni causa legales. Allí, precisamente, se justifica que intervenga la jurisdicción para que, a petición de quien se sienta lesionado en sus intereses, ordene la restitución o restablecimiento del indebido acrecimiento del patrimonio estatal a la parte empobrecida (...). En (...) estos casos, la Sala ha entendido que se encuentra frente a una situación de hecho, que fluye directamente de la conducta o hechos llevados a cabo por las partes, que es lo que precisamente constituye el apoyo para pedir el restablecimiento del derecho demandado"[824].

Por ello, consideramos pertinente la fijación de valor acorde a los montos propios de la restitución de sumas de dinero conforme a las estipulaciones de mercado al momento en que se perfeccionó el desplazamiento patrimonial.

c)- Carencia de otra acción útil. El presupuesto de la subsidiariedad

En el supuesto de iniciarse una acción judicial, cabe señalar que -a los fines de su admisibilidad- la parte actora, además de alegar y acreditar su empobrecimiento y los demás recaudos que hacen a la figura bajo análisis, no debe contar a su disposición con ninguna otra vía[825], dirigida a restablecer el equilibrio estático de los patrimonios[826].

El carácter subsidiario explica en cierto punto los excepcionales supuestos en que procede la aplicación de la figura en el marco de una contienda judicial. De este modo, la admisibilidad de una pretensión procesal invocando la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto resultaría viable solo para aquel particular que carece de otra acción más idónea para obtener la reparación del desmedro patrimonial sufrido[827].

El Alto Tribunal federal argentino ha señalado que no existe enriquecimiento injusto como *"supuesto autónomo si el reclamo del actor por daños y perjuicios encuentra fundamento en la responsabilidad aquiliana del Estado, pues aquel remedio excepcional actúa cuando el damnificado no cuenta con otra acción a favor de su derecho"*[828]. En otra oportunidad, el Tribunal sostuvo -con idéntico criterio- que, encontrándose expresamente previsto un medio procesal más idóneo una acción para

[824] Sentencia del Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de abril de 1991 (Expte. N° 6.103).
[825] ALTERINI, Atilio, AMEAL, José y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, ob. cit., p. 743.
[826] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, ob. cit., p. 516.
[827] C.S.J.N., "Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester", Fallos 285:375 (1973).
[828] C.S.J.N., "Asociación Escuela Popular Germana Argentina", Fallos 245:146 (1959), disidencia del juez Boffi Boggero.

tutelar el derecho de la parte reclamante[829], la posibilidad de articular la figura del enriquecimiento sin causa queda excluida, atento su carácter *"subsidiario"*[830].

d)- La oportunidad del planteo. ¿Procede su invocación directa en instancia judicial, o necesariamente debe invocarse de manera previa en sede administrativa?

d.1. Encuadre del problema

A entender del Máximo Tribunal argentino, los recaudos enunciados no bastan -de por sí- para condenar al Estado con fundamento en los principios que emanan de la teoría que prohíbe todo enriquecimiento incausado, ya que resulta ineludible invocar expresamente la figura mencionada al momento de incoarse la demanda judicial (al menos como pretensión subsidiaria o eventual). Pues, de condenarse al Estado aplicando la figura de oficio, ello importaría -acorde a la jurisprudencia de la Corte argentina- una grave violación al principio de congruencia y un cercenamiento al derecho de defensa garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional[831].

Ahora bien, ¿cómo juega este recaudo en el reclamo administrativo por incumplimiento contractual? ¿Es necesaria la invocación expresa en sede administrativa de la figura del enriquecimiento como pretensión subsidiaria?

Supongamos un caso en el que el Estado, en ejercicio de función materialmente administrativa, acuerda la entrega de determinados bienes con un particular, omitiendo el procedimiento de selección establecido por el ordenamiento aplicable (ej. licitación pública), mediante una contratación directa alegando razones de urgencia opinables o discutibles. O, incluso, conjeturemos el hipotético caso de que ante un supuesto de urgencia, no se cumplimentaron con la totalidad de los requerimientos previstos normativamente (ej. pedido de tres cotizaciones o presupuestos[832]). Ahora, cumplidas

---

[829] TORINO, Enrique, *Enriquecimiento sin causa*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Investigaciones de Seminario IV, Buenos Aires, 1929, p. 36.

[830] C.S.J.N., "Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester", Fallos 285:375 (1973), disidencia del juez Cabral; "Martinez", Fallos 286:317 (1973).

[831] C.S.J.N., "Transax S.A.", Fallos 292:97 (1975).

[832] El artículo 44 del decreto reglamentario N° 1030/16 dispone que *"[l]a convocatoria a presentar ofertas en las compulsas abreviadas y adjudicaciones simples del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, deberá efectuarse como mínimo a través de los siguientes medios: a) las que se encuadren en los apartados 1 y 4: envío de invitaciones a por lo menos TRES (3) proveedores, con un mínimo de TRES (3) días hábiles de antelación a la fecha de apertura de las ofertas, o a la fecha de vencimiento del plazo establecido para la presentación de las ofertas inclusive, o para el retiro o compra del pliego inclusive, o para la presentación de muestras inclusive, la que operare primero, cuando esa fecha sea anterior a la fecha de apertura de las ofertas y difusión en el sitio de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o en el sitio del sistema electrónico de contrataciones, desde el día en que se cursen las respectivas invitaciones, en la forma y por los medios que establezca el Órgano Rector; b) las que se encuadren en el apartado 5 para los casos de urgencia:* ***envío de invitaciones a por lo menos TRES (3) proveedores*** *y difusión en el sitio de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o en el sitio del sistema electrónico de contrataciones, desde el día en que se cursen las respectivas invitaciones, en la forma y por los medios que establezca el Órgano Rector; c) las que se encuadren en los apartados 2, 3, 7, 9 y 10 —en este último*

las prestaciones por parte del particular y frente a la falta de pago de la Administración, al interponer el reclamo administrativo previo por incumplimiento contractual (sin que se le haya anoticiado de la existencia de una anulación del acuerdo concertado), ¿debe el supuesto contratista articular de modo eventual o subsidiario la pretensión por enriquecimiento incausado? ¿Cómo juega el principio de congruencia receptado en el artículo 30 *in fine* de la Ley Nº 19.549?

El artículo citado establece, en su segundo párrafo, que *"[e]l reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial (...)"*, por lo que en la acción judicial deberían -en principio- versar los mismos hechos y derechos invocados en la vía administrativa previa, ya que en el supuesto de modificar la fundamentación fáctica, o la extensión de las pretensiones al demandar judicialmente, el particular quita a la Administración de la posibilidad de decisión[833].

Entendiendo al enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones, tal como dispone el Capítulo IV del Título V del Libro III del Código Civil y Comercial argentino, no existe óbice alguno para que el reclamo administrativo previo por incumplimiento contractual, a fin de posibilitar una futura demanda contra el Estado por cobro de pesos, cuente -de modo subsidiario eventual- con una pretensión alegando un enriquecimiento estatal injustificado, ya que *"un principio elemental de buena fe obliga a que la Administración tenga conocimiento cierto de los hechos que invoca el particular y la extensión del perjuicio que dice se le infiere con el acto, hecho o situación que le afecta"*[834].

Por ende, podríamos entender que debería invocarse dicha figura en sede administrativa al momento de incoarse el reclamo administrativo previo por incumplimiento contractual.

---

caso, para los procedimientos que efectúe el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL por adjudicación simple—: difusión en el sitio de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o en el sitio del sistema electrónico de contrataciones, desde el día en que se curse el pedido de cotización, en la forma y por los medios que establezca el Órgano Rector; d) quedan exceptuadas de la obligación de difusión en todas las etapas del procedimiento, las que se encuadren en el apartado 6 y de difusión de la convocatoria la de los apartados 5 -para los casos de emergencia-, y 8; e) las que se encuadren en el apartado 10: envío de invitaciones a por lo menos TRES (3) proveedores inscriptos en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social con un mínimo de TRES (3) días hábiles de antelación a la fecha de apertura de las ofertas, o a la fecha de vencimiento del plazo establecido para la presentación de las ofertas inclusive, o para el retiro o compra del pliego inclusive, o para la presentación de muestras inclusive, la que operare primero, cuando esa fecha sea anterior a la fecha de apertura de las ofertas y difusión en el sitio de internet de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o en el sitio del sistema electrónico de contrataciones, desde el día en que se cursen las respectivas invitaciones, en la forma y por los medios que establezca el Órgano Rector". Lo resaltado es propio.

[833] C.N.C.A.F., Sala IV, "Hermarsa S.A.C.I.F.I." (1989).

[834] C.N.C.A.F., Sala IV, "Hermarsa S.A.C.I.F.I." (1989).

Empero, tal enunciación en el marco de un procedimiento administrativo podría resultar sumamente riesgosa[835], dado que la autoridad administrativa podría interpretar que el particular reconoce -de algún modo- la existencia de un vicio grave en la actividad que lo vinculó con la Administración, cuestión que implicaría -a tenor del criterio sostenido por la Corte Suprema argentina[836]- la posibilidad de que aquélla anule por ilegítimo esa relación, aun cuando ésta se encuentre firme, consentida y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. De este modo, frente a la declaración de nulidad absoluta e insanable emanada por la propia Administración, la pretensión primaria del reclamante, consistente en el cobro del valor contractual, fracasaría rotundamente[837]

A su vez, vale consignar que dicha declaración anulatoria podría incluso permitir -ocasionalmente- que la propia Administración, al invalidar el contrato con fundamento en razones de ilegitimidad, recurriendo a la figura del "legítimo abono", inicie el procedimiento respectivo y emita el consecuente acto administrativo que reconozca los encargos prestados por el particular, pero por un valor exiguo o insignificantemente menor, en comparación al monto reclamado por incumplimiento contractual. Frente a ello, el particular deberá transitar por la ardua tarea de recurrir tales declaraciones hasta agotar la vía administrativa y, dentro del plazo de caducidad aplicable, requerir el reintegro de la totalidad de los valores económicos erogados, con más daños y perjuicios, si correspondieren.

d.2. Alternativas

d.2.i. A fin de palear el potencial riesgo mencionado, podría llegar a interpretarse que el planteo del enriquecimiento injusto deviene implícito en el reclamo por incumplimiento contractual, en el sentido de que si el particular reclama, por ejemplo, por un valor equivalente a 10 (valor total estipulado en el supuesto contrato), estaría exigiendo, dentro de dicha suma, el pago de sumas por 3 o 4 (por los costos o gastos incurridos).

Empero, este pensamiento resulta erróneo. Máxime cuando la expresión "hechos y derechos" del artículo 30 de la Ley N° 19.549 debe considerarse referida a la identificación de la "pretensión" exteriorizada ante la Administración, la cual debe coincidir con la futura pretensión judicial[838].

---

[835] MONTI, Laura, *Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 157.

[836] C.S.J.N., "Almagro", Fallos 321:169 (1998); "El Rincón de los Artistas", Fallos 326:3700 (2003).

[837] Aunque, como consecuencia lógica de la declaración de nulidad, ambas partes deben reintegrarse lo aportado (al retrotraer las cosas a su estado anterior), perfeccionando los efectos del enriquecimiento injusto. Tal como puede inferirse de los extremos del artículo 42 de la Ley española N° 9/2017, o bien del artículo 59 de la Ley brasileña N° 8.666/1993.

[838] GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 480.

d.2.ii. Una segunda alternativa podría ser la invocación en instancia administrativa, de manera subsidiaria al reclamo por incumplimiento contractual, haciendo referencia de manera ocasional o "a todo evento" a la figura del enriquecimiento sin causa, invocando -a modo ritual- los requerimientos del artículo 30 de la Ley N° 19.549 y al criterio sostenido por el Alto Tribunal federal a partir del caso "Ingeniería Omega S.A.".

En este sentido, se promovería una pretensión subsidiaria que disponga que *"en el hipotético supuesto que esta Administración llegare a la conclusión de que en el presente caso se materializaría algún incumplimiento de las etapas yo procedimientos requeridos normativamente, de manera comedida y con fundamento en la prohibición del enriquecimiento sin causa por parte del Estado, subsidiariamente a la pretensión de pago de pesos por incumplimiento contractual, requiero -acorde a los lineamientos exigidos por la Corte Suprema a partir del precedente "Ingeniería Omega S.A."- se reconozcan los costos o gastos incurridos, cuyo detalle acompaño con el presente reclamo"*.

La crítica que se le puede hacer a esta opción es el dilema de que la Administración interprete que podrían concurrir vicios graves en los elementos constitutivos del acuerdo celebrado, con el conocimiento o anuencia del reclamante particular, instruyendo los trámites conducentes para la anulación estatal del acuerdo, y así desestimar la pretensión por incumplimiento contractual.

d.2.iii. Otra variante que podría llegar a argumentarse es la invocación del enriquecimiento sin causa (aún de manera subsidiaria o eventual) directamente en sede judicial mediante los extremos del artículo 32, inciso b), de la Ley N° 19.549[839], al asociar a la figura del enriquecimiento injusto con los daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.

Tal afirmación luce acertada, siguiendo el criterio de autores como Perrino[840], en la medida que se configure un supuesto (nada infrecuente) en el que el enriquecimiento del Estado tenga como correlativo un empobrecimiento que encaje en el concepto de daño[841]. En tal hipótesis, ese enriquecimiento indebido constituye un título jurídico de atribución del deber de reparar.

---

[839] *"El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: (...) b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual*".

[840] PERRINO, Pablo, "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 63.

[841] Consistente en una lesión a intereses jurídicos patrimoniales y espirituales (C.S.J.N., "Revestek", Fallos 318:1531, 1995; "Columbia", Fallos 319:2658, 1996).

Rebollo Puig[842] señala que, independientemente de que el enriquecimiento injusto y la responsabilidad extracontractual constituyen dos fuentes distintas de obligaciones, que operan en supuestos diferentes y con efectos diversos, caben casos de intersección de ambos institutos, tal como ocurre cuando el empobrecimiento adopta la forma de un daño en sentido estricto[843].

No es la intención del presente trabajo la recopilación de las distintas corrientes doctrinarias relativas a la temática de la responsabilidad estatal[844], ni tampoco ofrecer y fundamentar una solución propia. Simplemente pretendemos analizar un supuesto especial que genera el deber del Estado de reintegrar los valores incurridos en concepto de costos o gastos por el particular, en el marco de un acuerdo administrativo concertado irregularmente, por cuestiones no imputables a aquél.

En tal sentido, retomando el hipotético caso del particular contratado por el Estado omitiéndose el procedimiento reglado, ante el cumplimiento de las prestaciones requeridas y posterior falta de pago por parte de la Administración sin evidenciarse la declaración formal de ilegitimidad del acuerdo viciado, ¿podemos hablar de responsabilidad del Estado?

Recordemos que la responsabilidad estatal conforma un mecanismo que se pone en funcionamiento solo en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en sentido propio a resultas de una acción u omisión estatal[845].

Bajo este enfoque, el concepto de lesión se convierte en el epicentro del sistema, lo cual hace específicamente necesario caracterizarlo con toda precisión desde el punto de vista técnico-jurídico, en vinculación al enriquecimiento injusto, sin que se produzca remisiones a meras *"valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso"*[846], sino que se coteje a la luz de los recaudos específico de dicha figura.

Debemos evaluar, entonces, si mediante la restitución patrimonial se hace referencia a una reparación distinta a la noción de indemnización del daño. Al respecto, entendemos que el empobrecimiento del particular puede constituir un daño imputable al Estado, configurando así un título jurídico pasible de imputación de responsabilidad, pero diferente a la idea de indemnización por daños, pues *"el objeto del*

---

[842] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 22.

[843] Destacamos que dicha concurrencia no resta un ápice a las diferencias entre ambos institutos y a su autonomía conceptual y práctica. De este modo, diferenciamos ambas figuras, sin perjuicio de posibles vinculaciones.

[844] Máxime cuando se predica la inexistencia de diferencias ontológicas entre la responsabilidad contractual y extracontractual (MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, *Responsabilidad contractual*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 31).

[845] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 374.

[846] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 378.

enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño, pero no el de indemnizarlo"[847], ya que el empobrecido pretende recuperar el valor del desplazamiento incausado al patrimonio del enriquecido.

Veamos.

d.3. El enriquecimiento sin causa y la teoría de responsabilidad estatal

En el Derecho Público existe una variada gama de teorías que basándose en principios generales del Derecho- fueron ampliando progresivamente el ámbito de la responsabilidad del Estado[848]. Dentro de estas concepciones, remarcamos aquella que se fundamenta en el enriquecimiento injusto[849].

Sabemos que la responsabilidad estatal puede estudiarse desde diversos planos y ángulos. Una de tales posibilidades apunta al ámbito contractual, distinguiéndose entre: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Ahora, ¿cómo opera la figura del enriquecimiento injusto frente a dicha clasificación?

d.3.i. ¿Responsabilidad contractual del Estado?

Para que proceda el deber de reparar del Estado en materia de responsabilidad contractual deben concurrir necesariamente los siguientes requisitos: (i) existencia de un contrato administrativo plenamente válido y eficaz, (ii) daño resarcible, (iii) nexo de causalidad adecuada, (iv) imputabilidad material, y (v) un factor de atribución[850].

A tenor del criterio del Alto Tribunal sentado a partir de "Más Consultores Empresas S.A." e "Ingeniería Omega S.A.", bajo ningún punto de vista podríamos sostener la pertinencia de la aplicación del enriquecimiento injusto bajo la órbita de la responsabilidad contractual del Estado (especialmente a partir del enfoque fáctico propuesto), pues -ante el incumplimiento de la forma específica que requiere el ordenamiento vigente- no existiría contrato administrativo alguno (y, por ende, no se podría exigir ninguna obligación que pretendiera fundamentarse en aquél).

Por lo expuesto, nos parece que la relación entre la responsabilidad estatal contractual y la acción por enriquecimiento sin causa deben analizarse desde perspectivas bien diferenciadas, en tanto se evidencian oposiciones radicales entre ambas figuras, como si fueran frontalmente contrarias, operando en direcciones diametralmente inversas.

---

[847] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Droguería Santa Fe de Arauca" (N° 07001-23-31-000-1997-00705-01[15662]), 29.01.2009.

[848] Recordemos que la responsabilidad estatal constituye uno de los pilares del Estado de Derecho. Ya en 1873, en el célebre caso "Blanco", el Tribunal de Conflictos francés afirmó el principio de la responsabilidad del Estado, pero consagrando una responsabilidad que *"no es general ni absoluta, y que posee sus reglas específicas"* (WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 44).

[849] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 420.

[850] PERRINO, Pablo, "La responsabilidad contractual del Estado", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado general de los contratos públicos*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 177.

d.3.ii. Responsabilidad extracontractual del Estado. ¿Por su actividad legítima o ilegítima?

Propiciamos, siguiendo a Cassagne[851], un fundamento único que determina y justifica la teoría de la responsabilidad estatal, consistente en el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado, independientemente de la naturaleza de la actividad materialmente administrativa, sea legítima o ilegítima. Siguiendo este razonamiento, la obligación de resarcir el perjuicio producido no germina del daño en sí, sino de la alteración al principio de igualdad, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño[852], aduciendo que *"[t]odos los demás fundamentos o son derivaciones de él, o bien constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa"*[853].

Si nos trasladamos al ámbito de la responsabilidad extracontractual estatal por un accionar ilegítimo, debemos enmarcar la cuestión con sostén en el incumplimiento irregular de la función administrativa como atribución directa y objetiva[854].

Bajo esta premisa, se podría deslindar el daño, como lesión a una situación jurídicamente protegida[855], a partir del enriquecimiento obtenido por el Estado (el cual se traduce en una utilidad pública frente a una necesidad que motivó el requerimiento estatal de la prestación particular, sea producto de la entrega de bienes, realización de trabajos o servicios), mediando una relación de causalidad adecuada, directa e inmediata (dado que la prestación particular deviene como consecuencia de la celebración del acuerdo viciado), la imputabilidad jurídica del daño a la persona jurídica estatal, y -por último- la existencia de un factor de atribución, asociado al enriquecimiento injusto[856].

Sin perjuicio de ello, cabe apuntar que, en los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad ilegítima, el valor a resarcir es amplio e integral, abarcando los daños patrimoniales como extrapatrimoniales[857], presentes y futuros,

---

[851] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 426.

[852] MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 47.

[853] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 426.

[854] C.S.J.N., "Vadell", Fallos 306:2030 (1984); "Mosca" Fallos 330:563 (2007); "Serradilla", Fallos 330:2748 (2007); "Reynot Blanco", Fallos 331:1690 (2008); "Migoya", Fallos 334:1821 (2011). Extremos analizados por prestigiosa doctrina (PERRINO, Pablo, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 46; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit., p. 63; TAWIL, Guido, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 103).

[855] C.S.J.N., "Revestek", Fallos 318:531 (1995); "Columbia", Fallos 319:2658 (1996).

[856] MONTI, Laura, *Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 157.

[857] Ya que *"[n]o cabe una reparación de daño moral a favor de una sociedad comercial, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de especialidad y que su finalidad propia es la obtención de ganancias, todo aquello que pueda afectar su prestigio o su buen nombre comercial, o bien redunda en la disminución de sus beneficios o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios,*

comprendiendo no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante[858], ya que es el modo de compensar un sacrificio impuesto por una actuación que el particular no está obligado a soportar y cuyo daño no se origina en una razón de utilidad pública, sino en el ejercicio irregular de la función administrativa[859].

En contraposición a ello, las consecuencias jurídicas del enriquecimiento sin causa en la contratación pública, si bien se entrelazan al ejercicio irregular de la función administrativa, se limitan -en cuanto a su alcance- al reembolso de los gastos útiles y necesarios efectivamente realizados por el particular, en la medida que se evidencie y acredite el desplazamiento patrimonial injustificado[860].

Por otro lado, y trasladándonos al campo de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legítima, debemos señalar que este ámbito se caracteriza por la existencia de un daño, una relación de causalidad que, además de adecuada, debe ser directa, inmediata y exclusiva[861], con imputabilidad jurídica del daño a una persona jurídica pública estatal, la ausencia de un deber jurídico a cargo del particular de soportar la conducta dañosa y la existencia de un sacrificio especial en el afectado (como factor de atribución), también vinculado con la igualdad ante las cargas públicas[862]. Si siguiéramos la deducción de autores como Mayer, en torno al sacrificio especial y en vinculación con la temática de esta investigación, se podría hacer referencia -con relación a la compensación por los daños causados por la Administración- a la necesidad de que sea acorde a la *"restitución del enriquecimiento contrario a la equidad"*[863].

Empero, independientemente de estas consideraciones, para el estudio de la figura que nos ocupa corresponde descartar la aplicación de esta última variante, ya que

---

ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales" (C.S.J.N., "Kasdorf S.A.", Fallos 313:284, 1990).

[858] PERRINO, Pablo, *La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el Derecho Argentino*: (http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Perrino/La%20responsabilidad%20extracontractual%20del%20Estado%20ppor%20actividad...PEP1.pdf).

[859] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 450.

[860] GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 22.

[861] C.S.J.N., "Ledesma", Fallos 312:2022 (1989).

[862] COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 1521. Por su parte, Cassagne afirma que el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado en su faz extracontractual, al manifestar que *"[l]a obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones de él, o bien constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa"* (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 426).

[863] MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, Tomo IV, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 217.

el enriquecimiento sin causa consecuente de un contrato administrativo ilegítimo precede a una actuación administrativa estatal irregular[864], producto de una vulneración a los elementos esenciales previstos normativamente. Por ende, corresponde rechazar -por lógica- la procedencia de un actuar administrativo legítimo ante las prestaciones particulares efectuadas en el marco de un acuerdo que fue celebrado sin respetar las previsiones normativas aplicables.

d.3.iii. Nuestra postura

Las ideas expuestas tornan necesario formular un replanteo de las clasificaciones tradicionales en materia de responsabilidad del Estado. No para centrar la cuestión sobre nuevas bases netamente teóricas, sino más bien para adaptar diferentes situaciones al campo práctico.

A nuestro humilde entender, frente a un desplazamiento patrimonial incausado en perjuicio de un particular contratado por el Estado, tras omitirse el procedimiento de selección establecido normativamente y verificándose el cumplimiento de los encargos requeridos por la Administración, se configura el deber estatal de reintegrar los valores que el particular debió erogar. Configurándose así un supuesto de responsabilidad patrimonial del estado por enriquecimiento sin causa.

Tal es el criterio esbozado por García de Enterría y Fernández, en cuanto consideran al enriquecimiento injusto como un verdadero título o modalidad de la imputación del daño a la Administración[865]. En este sentido, introducen al enriquecimiento injusto dentro del ámbito de la responsabilidad del Estado, albergando en su seno la pretensión de restitución[866]. Así también lo determina la jurisprudencia española, mediante sentencias como las del 11 de mayo y 6 de junio de 1976, 26 de marzo y 29 de octubre de 1980, 11, 13 y 14 de abril y 25 de junio de 1981, 8 de marzo de 1982 y 12 de febrero de 2000, con relación a servicios u obras efectuadas *"sin contrato o en virtud de contrato no formalizado o inválido (cualquiera que sean los defectos que puedan acusarse por falta de formalización del convenio)"*[867]. Por ello, se instituye la expresión "responsabilidad por enriquecimiento injusto", sin que ello implique subsumir la obligación de restitución del enriquecimiento en la responsabilidad aquiliana[868].

---

[864] MURATORIO, Jorge, "Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita", en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 77.

[865] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 398; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, L*os principios de la nueva ley de expropiación forzada*, Instituto de Derechos Políticos, Madrid, 1956, p. 217.

[866] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 249.

[867] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 399.

[868] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 247.

Al respecto, autores como Reiriz[869], haciendo referencia al pensamiento de Maurice Hauriou[870], también puntualizan la posibilidad de que el principio general que cercena el enriquecimiento sin causa pueda servir de sustento para declarar la responsabilidad del Estado en un caso concreto. En similar sentido, Villar Palasí[871] expone, al enunciar las causas de imputación comprendidas en la antigua Ley de Expropiaciones española, la propia por enriquecimiento injusto, vinculando dicha imputación directamente a través del beneficio resultante en cabeza de la colectividad.

Al efecto de aportar claridades, promovemos de este modo la autonomía conceptual y práctica del principio general del enriquecimiento sin causa en el campo de la responsabilidad del Estado, sin que ello implique perpetrar conceptos caducos, ni reminiscencias de doctrinas artificiales o afloraciones de teorías ya superadas. Sino establecer un fundamento puntual que debe tomarse en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de reintegrar el valor desplazado. De este modo, hallamos una razón especialísima que determina -en definitiva- la restitución patrimonial, que si bien se vincula con la idea de "falta de servicio", no plantea -tal como ya indicamos- la obligación de una indemnización integral, sino que se limita la reparación al desplazamiento patrimonial injustificado. Por lo que no parece descabellado concebir al enriquecimiento injusto como un factor de atribución específico, sugiriendo la noción de responsabilidad patrimonial del Estado por enriquecimiento sin causa.

Trasladándonos al ámbito procesal, si bien es cierto que la acción de restitución por enriquecimiento injusto posee sustantividad propia frente a la aquella que procura una indemnización por daños y perjuicios, tal como señalan las sentencias del Tribunal Supremo español del 27 de marzo de 1958 y del 5 de mayo de 1964, es posible advertir conexiones y concurrencias. Especialmente si se considera el criterio sostenido por la Corte Suprema argentina en los autos "Winkler", en cuanto indicó que *"el fundamento de la responsabilidad estatal dentro del Estado de Derecho es la justicia y la seguridad jurídica, y la obligación de indemnizar es un lógico corolario de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional"*[872].

---

[869] REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, EUDEBA, Buenos Aires, 1969, p. 34.

[870] *"(..) le principe obligatoire me parît êter celui-ci: enrichissement sans cause d´un patrimoine administratif à la suite d´un eimage spécial causé à un tiers par l´exercice d´un droit exorbitant par l´exercice exorbitant d´un droit ordinaire de l´administracion. (...) l´opèration administrative atraine, au profit de l´administration, un enrichissement sans cause ui justifie une indemnité"* (HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Recueil Sirey, Bordeaux, 1919, p. 547).

[871] VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Tomo II, ob. cit., p. 490.

[872] C.S.J.N., "Winkler", Fallos 305:1045 (1983). En relación a dicho precedente, resulta conveniente -a los fines del presente trabajo- asociar a la expresión "indemnizar" como sinónimo de "reintegrar" o "restituir".

II.3.ii. El caso del legítimo abono y el reconocimiento del gasto en sede administrativa

Entendido como aquél *"acto administrativo que aprueba el pago de una factura emitida por un proveedor del Estado, cuando no existe un contrato válido que pueda servir como fundamento del referido desplazamiento patrimonial -en razón de haberse omitido o encontrarse gravemente viciado el procedimiento de selección correspondiente- pero se verifican los extremos que habilitan la invocación de la doctrina del enriquecimiento sin causa"*[873], el "legítimo abono" se instaura como un reconocimiento administrativo no previsto en el Régimen Nacional de Contrataciones vigente ni en otra norma legislativa del ámbito federal argentino, a los efectos de proceder al reembolso de bines y servicios recibidos por el Estado, apartándose de los procedimientos reglados previstos[874]. Esta figura tampoco se encuentra prevista y detallada legislativamente en los ordenamientos iberoamericanos.

De esta manera, advertimos la presencia de una figura sumamente controversial, pues conlleva -a grandes rasgos- dos caracterizaciones básicas: (i) la posibilidad de que en instancia administrativa se reconozca y abone la figura del enriquecimiento injusto (ii) en el marco de un acuerdo administrativo viciado, declarado como tal.

El sustento de esta figura sería el principio que veda todo enriquecimiento sin causa[875], por lo que la razón o justificativo del pago, al igual que los presupuestos de procedibilidad, coinciden con el propio de la *actio*[876], con la salvedad que esta figura del

---

[873] MARCHETTI, Luciano, *¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido*, El Derecho-Administrativo, Universitas, Buenos Aires, 2006, p. 706. Asimismo, dicha figura ha sido reconocida por la Procuración del Tesoro de la Nación (P.T.N., Dictámenes 241:115; 265:105; 280:107; 285:156).

[874] Criterios aceptados por la Procuración del Tesoro de la Nación (P.T.N., Dictámenes 239:17; 241:115; 280:107; 285:156, entre otros). Asimismo, existen Disposiciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos que la receptan expresamente (Disposiciones Nº 14/15, 363/13 y 283/13). Por su parte, la Corte argentina ha tenido oportunidad de expedirse en el marco de un contrato interadministrativo (el Delegado Administrador del Puerto de Olivos de la Provincia de Buenos Aires solicitó a la Prefectura Naval Argentina -en forma urgente- el servicio de policía adicional para la custodia de predios que se hallaban en estado de abandono y en riesgo de ser ocupados por intrusos, causándose de este modo un importante perjuicio a la operatoria portuaria, al erario público provincial y al desarrollo del área portuaria en general), declarando procedente el reclamo de deuda bajo el procedimiento excepcional de "legítimo abono" (C.S.J.N., "Estado Nacional y otro", Fallos: 340:1570, 2017). En Provincia de Buenos Aires, la figura del legítimo abono se encuentra regulada mediante Decreto N° 1980/16, receptando el carácter excepcional del reconocimiento del gasto sin el correspondiente contrato que lo avale y establece la competencia de determinados funcionarios, según sea el monto, para iniciar y justificar el procedimiento, reconocer y autorizar (o denegar) el gasto y ordenar el inicio de la investigación administrativa correspondiente (FALCONE, Luciana, *La figura del "legítimo abono" y su regulación en la Provincia de Buenos Aires. La necesidad de una regulación a nivel nacional*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 482, RAP, Buenos Aires, 2018, p. 30).

[875] EIZAGUIRRE, Sandra, *En torno a la controversial figura del legítimo abono*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 484, R.A.P., Buenos Aires, 2019, p. 41.

[876] FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, *El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional*, ob. cit., p. 50.

"legítimo abono" opera en sede administrativa, como consecuencia de un reclamo particular, o bien por aplicación oficiosa de la Administración.

Al respecto, a modo de recaudos previos a la emisión del acto que apruebe el "legítimo abono", correspondería cotejar la correlación de los siguientes puntos:

(i) formal reclamo de pago fundado por parte del particular empobrecido, acompañando y ofreciendo prueba, en razón de los encargos requeridos y cumplimentados (total o parcialmente); o bien la iniciación administrativa de oficio que denote la irregularidad y apunta a subsanar toda situación que promueva un enriquecimiento injusto.

(ii) informes técnicos que acrediten la certificación de la prestación, dando cuenta de la medida efectiva del empobrecimiento, *"como condición de existencia del derecho a repetir"*[877] y demás estudios (elaborados por la Administración, o requeridos a instancia del particular) que indiquen la estructura de costos, al fin de establecer la medida económica del empobrecimiento (sin computar un margen de ganancia o beneficio del particular)[878].

(iii) para los casos iniciados de oficio por la Administración, la posibilidad de oír al particular, requiriéndole que efectúe el descargo respectivo, con la posibilidad de ofrecer y producir prueba.

(iv) dictamen previo del servicio jurídico de asesoramiento permanente, indagando no sólo la viabilidad de la aplicación de la figura en el caso, sino los extremos del presunto acuerdo concertado y las circunstancias por las cuales se omitió el procedimiento previsto normativamente, para el supuesto de que no exista aun declaración de la ilegitimidad del acuerdo, debiendo arbitrar -eventualmente- los medios conducentes para una investigación sumarial, al efecto de deslindar posibles responsabilidades de los agentes que participaron en la tramitación de acuerdo viciado[879]; incluyendo futuras acciones de repetición o de regreso.

(v) intervención previa de los órganos de control, tanto internos como externos, a fin de considerar expresamente la admisibilidad y procedencia del mencionado reconocimiento y su extensión.

(vi) dotación o imputación presupuestaria.

Al respecto, calificada doctrina española señala que la aplicación de oficio del principio de enriquecimiento injusto requiere de:

> *"La previa tramitación de expediente en el que, además de incorporarse los hechos que han dado origen a la obligación, debe contenerse justificación adecuada de la realidad y recepción de las obras o prestaciones reclamadas, su utilidad (…), la valoración*

[877] P.T.N., Dictámenes 239:17.
[878] P.T.N., Dictámenes 280:107.
[879] P.T.N., Dictámenes 247:116.

de las mismas conforme a precios de mercado, la justificación o no de la existencia de crédito suficiente en el presupuesto vigente para hacer frente al pago de la obligación a reconocer y, en su caso, la necesidad de tramitación del oportuno expediente de habilitación o suplemento de crédito necesario si faltase éste, debiendo contener la propuesta de resolución expresa mención a la conversión del acto nulo de contratación en obligación derivada de la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa"[880].

II.3.iii. ¿Aplicación de oficio en sede administrativa?

La pregunta que ahora debemos formular es si corresponde que la Administración -al declarar la invalidez de la relación contractual- deba oficiosamente o a pedido de parte analizar los gastos efectuados por el particular por aquellas prestaciones efectivamente entregadas y no abonadas.

A la luz de las nociones actuales de buena administración, frente al precepto de equidad o aun del principio de razonabilidad, parece *"difícil enrolarse en el entendimiento de que, en todo y cualquier caso e independientemente de las circunstancias engendradas del vicio que enferma la relación, le corresponda a la contraparte de la Administración cargar con los costos que ella le causó y que, a la inversa, esta última deba absorber las ventajas que captó sin indemnizar lo operado. Aun a simple vista, tan liberado entendimiento se presenta como visiblemente chocante, repugnando el propio sentido común y a un mínimo de sensibilidad jurídica o a rudimentos de ética social"*[881].

Bajo este razonamiento, corresponde el desarrollo del siguiente pensamiento lógico:

(i) Si el Estado se encuentra sometido positivamente al ordenamiento jurídico y celebra un acuerdo sin respetar las formas y procedimientos previstos, corresponde la anulación del vínculo, a los fines de restablecer la juridicidad vulnerada.

(ii) Si se declara en sede administrativa la invalidez del acuerdo, el Estado proclama *ipso facto* que vulneró el orden jurídico, cuyo restablecimiento se pretende mediante la anulación respectiva.

(iii) Si producto del acuerdo ilegítimo se materializaron consecuencias patrimoniales en cabeza de un particular que no colaboró en la consecución del vicio (al no evidenciarse una prueba fehaciente o -cuanto menos- indicios decisivos o conjeturas bien fundadas que concurran de modo considerable para conllevar a una sólida convicción de que el particular actuó animado por un fin vicioso[882]), deberían

[880] DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local*, ob. cit., ps. 432 - 433.

[881] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, "El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos, y RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública*, Tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, ps. 879 - 880.

[882] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, "El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo", ob. cit., p. 891.

gestionarse las operaciones o trámites administrativos pertinentes -de oficio o a petición del particular- a los efectos de investigar lo ocurrido y eventualmente diagnosticar los motivos y los alcances del desplazamiento patrimonial evidenciado, dictando un acto posterior que reconozca un valor a restituir al empobrecido, fundado en cuestiones de equidad, como corolario de un procedimiento especial, independientemente de las responsabilidades (administrativas, civiles o penales) que se le pueda atribuir a los agentes intervinientes. Ello, previo cumplimiento de los diversos puntos detallados precedentemente (inicio de actuaciones administrativas, a instancia del particular o de oficio; informes técnicos, posibilidad de que el particular produzca y ofrezca prueba, dictamen jurídico previo, intervención de los órganos de control internos y externos y dotación presupuestaria).

Al efecto de lograr un control efectivo de su aplicación, luce necesaria una regulación -preferiblemente de rango legal[883]- que establezca los límites de su aplicación y la oportuna intervención de diversos órganos estatales (especialmente técnicos, jurídicos y de control, tanto internos como externos), a los fines de cotejar la admisibilidad, procedencia y eventual extensión del "legítimo abono", delimitando los montos del desplazamiento materializado y acreditado en cada caso individual, sin perjuicio de canalizar eventuales responsabilidades a los agentes públicos intervinientes en el acuerdo viciado.

II.3.iv. La omisión estatal

Uno de los problemas que motiva el inicio de esta investigación es justamente, tras la perfección del vínculo que no cumplimentó con las formas o procedimientos reglados y posterior materialización -total o parcial- de los encargos por el particular, no sólo por falta de abono de tales trabajos, sino que tampoco se inician los trámites respectivos para examinar la validez del acuerdo concertado.

Recordemos que uno de los mayores desafíos del Derecho Administrativo actual reside en *"construir técnicas que subrayen la necesidad de combatir las omisiones administrativas orientadas a realizar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales"*[884], entre los cuales claramente debemos señalar a la igualdad, la propiedad y la tutela administrativa efectiva.

Recreando esta última situación ejemplificativa (acuerdo viciado por no respetar las formas previstas normativamente), procuraremos analizar si existe alguna alternativa para justificar la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto ante un acuerdo celebrado ilegítimamente con principio de ejecución.

---

[883] FALCONE, Luciana, *La figura del "legítimo abono" y su regulación en la Provincia de Buenos Aires. La necesidad de una regulación a nivel nacional*, ob. cit., p. 30.

[884] RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press, Sevilla, 2015, p. 634.

No tenemos dudas de que en instancia administrativa ello podría válidamente aplicarse, en la medida que existan medios de prueba que fehacientemente certifiquen la realización de los encargos e individualicen la estructura de los costos incurridos por el particular, al fin de establecer la medida económica del empobrecimiento. Ello, en conjunción con el desarrollo de las investigaciones pertinentes, a los fines de deslindar eventuales responsabilidades por la concertación de acuerdos sin respetar los lineamientos jurídicos aplicables.

En este entendimiento, al corresponderle al Estado el debido ejercicio de la función administrativa, velando de manera ininterrumpida y permanente por la juridicidad imperante, salvaguardando el bien común y los derechos particulares, deviene trascendental el estudio de la categoría jurídica del procedimiento administrativo, pues ordena, regula y sistematiza el ejercicio de la mencionada función, constituyendo *"un instrumento de control, tanto de la legitimidad como del acierto de las decisiones en relación al interés público. Y como se expresó, no sólo encauza jurídica y racionalmente la actividad administrativa, sino que también tiende a la protección de los ciudadanos ante cualquier actuación y resolución anómala de los órganos de la Administración"*[885].

En definitiva, el procedimiento debe responder a las exigencias más elementales de racionalidad, respeto y certidumbre, mediante los principios de juridicidad, buena administración, proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica[886], a partir de los postulados constitucionales y convencionales, salvaguardando el principio basilar de tutela administrativa efectiva.

De aquí extraemos el deber del Estado no sólo de responder expresamente -en tiempo y forma- a los requerimientos efectuados por los particulares, sino fundamentalmente de obrar conforme a derecho y -eventualmente- subsanar toda cuestión materializada en contravención al ordenamiento aplicable, incluso acredite su intervención oficiosa en determinados casos.

Estas cuestiones constituyen verdaderos desafíos a escala iberoamericana, bajo la óptica de una Administración *"más preocupada por hallar una respuesta eficaz y con mayor capacidad resolutiva ante los problemas"*[887], dado que la situación normativa actual no es satisfactoria por cuanto no da respuesta adecuada al conjunto de las

[885] IVANEGA, Miriam Mabel, "Reflexiones sobre los principios del procedimiento administrativo", en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea - RAP, Buenos Aires, 2015, p. 343.

[886] SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", en BARNES, Javier, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 61.

[887] SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", ob. cit., p. 93.

relaciones subyacentes que se derivan del reconocimiento del enriquecimiento injusto en el ámbito del Derecho Administrativo[888].

Por ello, nuestra disciplina jurídica, además de limitar y racionalizar el poder estatal, debe garantizar el adecuado cumplimiento y ejecución de la juridicidad, facilitando la acción administrativa y su eficacia[889], a la luz de los derechos y garantías de los particulares.

Trasladándonos al tema que nos ocupa, corresponde la intervención de la Administración a los efectos de rectificar eventuales escenarios en los cuales se genere un enriquecimiento indebido a costa de un particular, por lo que la primera variante debe canalizarse en sede administrativa, mediante el cauce pertinente, a fin de arribar a una solución justa, con la intervención previa, no sólo del empobrecido, sino de los órganos técnicos (especialmente contables y jurídicos) y de control.

El problema lo advertimos cuando el Estado prescinde de toda tramitación tendente a reconocer el estado real de la situación y -paralelamente- omite todo comportamiento material en contraposición a la recepción de los encargos efectuados por el particular.

Nuestra idea, entonces, será indagar las posibilidades sustanciales, procedimentales y procesales que cuenta el particular que plasmó un trabajo útil tras un requerimiento estatal bajo el ropaje de un contrato administrativo y no obtuvo una respuesta formal o una contraprestación frente a la recepción de tales labores.

Pasemos a desarrollar la incidencia de ciertos recaudos fundamentales que nos ayudarán a determinar si resulta admisible que -en ciertos casos excepcionales- planteado un caso en sede judicial, el Tribunal interviniente aplique oficiosamente el enriquecimiento injusto.

Reiteramos la conveniencia de regular este tipo de figuras como el "legítimo abono" o el "reconocimiento de gastos" a escala Iberoamericana, pues la Administración cuenta con la estructura suficiente a los efectos de contrarrestar toda situación que evidencie la materialización de un enriquecimiento injusto. Especialmente en el ámbito de las contrataciones públicas.

Sin embargo, la realidad da cuentas sobre las reiteradas configuraciones del estado silencial en sede administrativa ante reclamos individuales, provocando que los particulares deban acudir en numerosas oportunidades a los estrados judiciales en procura de la satisfacción efectiva de sus intereses, para el restablecimiento de la esfera jurídica vulnerada.

---

[888] DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local*, ob. cit., p. 437.

[889] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2003, p. 26.

A tal efecto, procuraremos evaluar la viabilidad de una eventual aplicación oficiosa en sede judicial de la teoría del enriquecimiento sin causa, a partir de la identificación de una serie de recaudos específicos: (i) la concretización de determinados trabajos (sea entrega de bienes, realización de obras, prestación de servicios, etc.), (ii) no se demuestre la mala fe del particular, o -en otras palabras- que no se acredite que el empobrecido conocía y participó en la ilegitimidad del acuerdo; (iii) una verosimilitud de legitimidad en la contratación a los ojos del contratista (especialmente si se invocaron razones de urgencia para concertar el acuerdo); (iv) el ejercicio de determinadas prerrogativas estatales contractuales; (v) la recepción de los trabajos por parte del Estado y posterior omisión estatal en su reconocimiento y retribución; (vi) demostrada utilidad de tales trabajos para el interés público y (vii) la interposición de un reclamo administrativo previo por parte del particular por una omisión estatal y la configuración del silencio administrativo que motiva la interposición de posterior acción judicial.

CAPÍTULO VII

ELEMENTOS DETERMINANTES PARA JUSTIFICAR LA VIABILIDAD EXCEPCIONAL DE LA HIPÓTESIS IDEADA

A los fines de promover la viabilidad excepcional de nuestra hipótesis de trabajo, ideamos una serie de presupuestos que podrían complementar el encuadre efectuado por la Corte argentina a partir del caso "Ingeniería Omega S.A.".

En este sentido, partimos de la base de cuatro situaciones diferentes, en las cuales se individualiza a un particular que cumplimentó determinados encargos prestacionales, sea:

(i) en el marco de un acuerdo concertado sin cumplimentar los procedimientos establecidos normativamente (incluyendo los requisitos presupuestarios que permitan o habiliten su concertación) o bien, que el mismo haya sido adjudicado por un órgano incompetente o, en su caso, una persona sin capacidad para vincular a la Administración (y tal cuestión no pueda ser subsanada), o que se haya convenido con una persona que no se encuentra habilitada en los registros estatales necesarios para poder perfeccionar esa clase de acuerdos;

(ii) se alegan causales de excepción a los procedimientos previstos sin que se cumplimenten tales supuestos, o sin siquiera materializar los procedimientos especiales establecidos para su determinación;

(iii) se continúan con las prestaciones de un acuerdo ya vencido; o

(iv) se materializan prestaciones superiores a las previstas en un acuerdo legítimamente perfeccionado, ya sea por causas sobrevinientes o atendiendo a un ejercicio incorrecto de la prerrogativa conocida como *potestas variandi*.

Ante tales supuestos, sería procedente la aplicación excepcional *ex officio* por parte del Tribunal judicial interviniente, en la medida que se visualicen los siguientes extremos:

(i) concretización de determinados trabajos (sea entrega de bienes, realización de tareas, prestación de servicios, etc.)

(ii) no se demuestre la mala fe del particular, o -en otras palabras- que no se acredite que el empobrecido conocía y participó en la ilegitimidad del acuerdo.

(iii) una verosimilitud de legitimidad en la contratación a los ojos del particular (especialmente en materia de urgencia).

(iv) el ejercicio de determinadas prerrogativas estatales contractuales.

(v) la recepción de los trabajos por parte del Estado y posteriores omisiones (entre ellas, la falta de pago de los encargos).

(vi) demostrada utilidad de tales trabajos para un sector de la comunidad.

(vii) la interposición de un reclamo administrativo previo por parte del particular por omisión estatal y la configuración del silencio administrativo que motiva la interposición de posterior acción judicial.

Pasemos a desarrollar cada uno de tales requerimientos, los cuales deberán ser analizados en conjunto y de manera simultánea.

I.- REALIZACIÓN DE TRABAJOS A FAVOR DEL ESTADO Y SU INDIVIDUALIZACIÓN EFECTIVA

Debe probarse con precisión la entrega de bienes, materialización de trabajos y/o prestaciones de servicios, independientemente de que se hallen imputados en facturas o recibos.

Sería clave la individualización de un requerimiento estatal, en el marco de actuaciones administrativas[890]. Así, apelando a la existencia de documentos firmados por la parte accionante y determinados agentes públicos, la existencia de informes técnicos expedidos por algún ente u órgano administrativo, la promoción de registros en materia de habilitación e imputación presupuestaria, o demás medios de prueba, se podría acreditar fehacientemente el origen de algún encargo administrativo.

Por su parte, siempre será necesario demostrar la efectiva entrega del bien, la realización del trabajo o la prestación del servicio, por el medio de prueba que se estime oportuno (incluyendo pericias e, incluso, la declaración de testigos). Recordemos que en el sistema argentino la carga de acreditar los hechos invocados -por imperativo legal- le corresponde -en principio- a la parte actora, a tenor de lo establecido por el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación[891].

En base a este primer requisito, corresponde que en sede judicial sea posible advertir fehacientemente la existencia de prestaciones particulares a favor de la Administración, sumado a la identificación determinados indicios o presunciones de que tales encargos fueron requeridos al particular en ejercicio de función materialmente administrativa.

II.- LA BUENA FE DEL PARTICULAR

---

[890] BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, ob. cit., p. 4.

[891] *¨Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción"*.

Para el estudio del enriquecimiento injusto en el ámbito del Derecho Administrativo, producto de la primacía del principio de juridicidad, resulta indispensable adentrarse en el análisis de los aspectos subjetivos de las partes litigantes: particular empobrecido vs. Estado[892]. Mientras el segundo se encuentra sujeto positivamente a la juridicidad aplicable (solo puede hacer aquello que el ordenamiento le atribuye, con la secuencia de actos preordenados y persiguiendo una finalidad pública), lo cierto es que el particular mantiene determinada libertad de actuación, en tanto no materialice una conducta prohibida por el ordenamiento.

Por ello, el deber del particular se limita al conocimiento de las normas de orden público, más no aquellas disposiciones estatales de índole interna, por lo que -en principio- no le podría incidir negativamente en sus derechos e intereses un incumplimiento que le atañe exclusivamente a la entidad u órgano público que efectuó los encargos (ej. falta de imputación presupuestaria, incompetencia insubsanable del órgano, vicios graves en el procedimiento, etc.), en la medida que no se demuestre connivencia o ningún hecho pasible de corrupción[893]; es decir, participación en el vicio que promueve la ilegitimidad del vínculo. Se requiere, entonces, la concurrencia de sólidas demostraciones que -de manera inequívoca y contundente- acrediten que el empobrecido obró substancialmente de mala fe, actuando deliberada y maliciosamente para la producción del acuerdo viciado del cual esperaba captar una ventaja indebida[894].

Por ende, en la medida que no se demuestre lo contrario, una actuación conforme a los postulados de la buena fe del particular lo debería mantener indemne de sufrir perjuicios o detrimentos patrimoniales injustificados[895].

---

[892] MORÓN URBINA, Juan Carlos, "¡Muchas gracias, que Dios se lo pague! El enriquecimiento sin causa de la Administración Pública con motivo de la contratación estatal" en *Derecho Administrativo en el siglo XXI, Contratación estatal, potestad sancionadora de la administración pública y procedimiento administrativo sancionador*, Tomo I, ob. cit., p. 77.

[893] Recordemos que el artículo 10 del Decreto delegado N° 1023/01 determina que *"[s]erá causal determinante (…) de la rescisión de pleno derecho del contrato dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; b) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; c) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. Serán considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa"*.

[894] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, "El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo", ob. cit., p. 889.

[895] MORÓN URBINA, Juan Carlos, "¡Muchas gracias, que Dios se lo pague! El enriquecimiento sin causa de la Administración Pública con motivo de la contratación estatal" en *Derecho Administrativo en el siglo XXI, Contratación estatal, potestad sancionadora de la administración pública y procedimiento administrativo sancionador*, Tomo I, ob. cit., p. 77. Sin perjuicio de ello, la Procuración del Tesoro

Al respecto, es dable resaltar los postulados del Alto Tribunal argentino, en cuanto *"[e]l principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura (...). Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean estos los particulares o el propio Estado"*[896], determinando que *"[l]a buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Dicha regla gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos, según lo disponen, respectivamente, los arts. 1071 y 1198 del* [antiguo] *Código Civil, y es aplicable por igual en el campo del derecho privado y del derecho administrativo"*[897].

A la luz de tales consideraciones, y en conjunción a los extremos delineados por la Corte Suprema argentina con relación a los recaudos objetivos necesarios para que resulte pertinente la aplicación del enriquecimiento sin causa en el marco de un contrato administrativo ilegítimo, debemos efectuar un análisis fundamental vinculado al ámbito subjetivo de las instancias precontractuales y contractuales, debiendo examinar el obrar del particular, atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Ello ayudará a determinar si resulta posible la aplicación oficiosa del enriquecimiento sin causa, sea en sede administrativa o -incluso- en un proceso judicial contra el Estado.

En concreto, será importante indagar si el particular tenía, o debía tener, conocimiento de que la vinculación con la Administración resultaba ilegítima o irregular, a tenor de la normativa imperante en la materia o de su propia experticia profesional, y si tuvo participación directa en la producción de esa ilegitimidad, tal como señala -en Perú- la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado mediante las Opiniones N° 061-2017/DTN y N° 234-2017/DTN[898].

Un primer acercamiento a la cuestión nos permite establecer que existe buena fe por parte del particular empobrecido cuando el desplazamiento patrimonial no es la consecuencia de su propio comportamiento, aun negligente o imprudente. Es decir,

---

sostuvo que *"la existencia de una causa penal no resulta óbice para la procedencia de un pago si así lo considerase pertinente"* (P.T.N., Dictámenes 303:131).

[896] C.S.J.N., "Cía. Azucarera Tucumana S.A.", Fallos 312:1725 (1989).

[897] C.S.J.N., "Estructuras Tafí S. A. C. e I. y otro", Fallos 321:2530 (1998).

[898] CELY LEÓN, Jorge, *Enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo: un estudio de derecho comparado desde la perspectiva Perú-Colombia*, Prometheo, Lima, 2019 (http://prometheo.pe/enriquecimiento-sin-causa-en-el-derecho-administrativo-un-estudio-de-derecho-comparado-desde-la-perspectiva-peru-colombia/).

cuando no se acredite de manera irrebatible que existió dolo, connivencia o culpa grave de su parte[899].

Producto de que las prestaciones efectuadas por el particular fueron requeridas de manera onerosa por un ente u órgano administrativo a los efectos de satisfacer una necesidad de interés general, resulta de vital importancia el análisis de los comportamientos subjetivos de las partes, en atención a los intereses y fondos involucrados, ambos de carácter público.

Bajo este enfoque, sostenemos que la buena fe -presupuesto básico de todo el ordenamiento jurídico[900]- debe ser examinada en un doble sentido[901]: la buena fe objetiva (también llamada buena fe en sentido ético o buena fe lealtad), la cual hace referencia a la creencia y confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales[902]. De acuerdo a esta acepción, la convicción razonable y diligente del contratante, que se atiene a lo que surge de la apariencia de lo externo, lo lleva razonablemente a considerar que el acto motivo del encargo ha sido concertado legítima y lealmente[903], obrando con rectitud[904]. Mientras que la buena fe subjetiva[905] (también llamada buena fe en sentido psicológico), consistente en la creencia nacida de un error excusable del particular de que su conducta no atenta contra el ordenamiento jurídico[906], inculcando, además, que los contratantes deben someterse a lo pactado, procurando abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta última acepción, entonces, tiende a la intención con que obran las personas o la creencia con lo que lo hacen. El sujeto en razón de ello recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con las normas aplicables[907].

En este sentido, estimamos de suma relevancia el hecho de que no esté comprobada en el caso la mala fe del particular con relación al conocimiento del vicio

---

[899] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, ob. cit., p. 520.

[900] CHIBÁN, Nora, "Aplicación de los principios de buena fe y pacta sunt servanda", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 825.

[901] IVANEGA, Miriam Mabel, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 474.

[902] BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, ob. cit., p. 897.

[903] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, ob. cit., pto. 1552.

[904] ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico*, Revista Tapia Nº 54, Madrid, 1990, p.73.

[905] BORDA, Alejandro, *La Teoría de los actos propios*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 62.

[906] DIEZ-PICAZO, José Luis, *La doctrina de los actos propios, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 135.

[907] MORELLO, Augusto, *Dinámica del contrato. Enfoques*, Librería Editora Plantense S.R.L., Buenos Aires, 1985, p. 19.

grave en el acuerdo celebrado[908]. Dicho conocimiento debería excluir toda posibilidad de reintegro por los trabajos efectuados.

Ahora bien, el mero desconocimiento a un trámite administrativo irregular, o la invocación por parte de la Administración de una causal opinable o discutible de excepción al procedimiento de selección general o -incluso- la falta de crédito presupuestario constituyen supuestos que no podrían justificar la concreción de un detrimento patrimonial del particular. Resultaría incongruente exigirle a una persona humana o una firma poco acostumbrada a relacionarse contractualmente con el Estado un conocimiento pormenorizado de los procedimientos estatales previos e internos en su totalidad.

Sobre este punto, resulta oportuno mencionar la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano en la medida que señala que *"el incumplimiento de los deberes que tiene la administración para la culminación de todos los trámites tendientes al perfeccionamiento de un contrato ya celebrado, frente a la diligencia del particular co-contratante en cumplirlos, da lugar a que la entidad pública negligente responda patrimonialmente por los daños y perjuicios irrogados"*[909]. Detallando en dicho precedente que *"en uso de las facultades interpretativas de la demanda, encontró probados los hechos que tipificaban el derecho a la indemnización de perjuicios por enriquecimiento injusto "ocasionado y suscitado por la conducta observada por la parte demandada, la que además se considera contraria al postulado de la buena fe", ya que ésta había entrado en tratos preliminares con miras a la celebración del negocio jurídico y auspició que el servicio se prestara efectivamente, no obstante que el acuerdo de voluntades no cumplió con la formalización escrita del convenio y su posterior perfeccionamiento, lo cual configuraba la ausencia del contrato "o en otros términos inexistencia del negocio jurídico"* [910].

En este orden de ideas, al presumirse *iuris tantum* la buena fe del particular, solamente podría desestimarse ese indicio mediante una conducta consciente y deliberada, debidamente comprobada, producida con la intención de captar una ventaja indebida[911], a espaldas de la juridicidad y del interés general perseguido.

---

[908] *"El principio cardinal de la buena fe hace exigible, por un lado, a la administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar, y como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público"* (C.S.J.N., "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A.", Fallos 325:1787, 2002).

[909] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Jaime D. Bateman Duran" (N°12775), 06.04.2000.

[910] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Jaime D. Bateman Duran" (N°12775), 06.04.2000.

[911] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, "El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo", ob. cit., p. 890.

De este modo, advertimos que, frente a la alegación por parte del Estado de cuestiones urgentes, que resultarían a los ojos de cualquier individuo como opinables o discutibles, no existiría *-prima facie-* un obrar malicioso de la persona que acuerda la concertación de tales encargos. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al afirmar que la buena fe resulta el principio general que debe presumirse, *"máxime si se trata de una cuestión opinable"* [912].

Como es bien sabido, los contratos *-in genere-* deben ser interpretados conforme al principio de buena fe, de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión, sentando así una pauta de conducta que se extiende a las obligaciones *in totum*, cualquiera sea su fuente[913].

Así, debemos asumir que la buena fe impone un comportamiento oportuno, diligente y activo a todas las personas intervinientes, configurando un rudimento de rectitud y honradez en el cual se fundamenta la garantía de equidad.

Tal deducción puede inferirse del criterio seguido por el Alto Tribunal argentino, quien desde antiguo reconoció que resulta *"primordial la buena fe de las partes en el cumplimiento de los contratos"*[914], sosteniendo que *"los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, siendo tales principios aplicables a los contratos administrativos"*[915], y que *"resulta decisivo subrayar que el principio cardinal de buena fe rige por igual en el campo del Derecho privado y en el Derecho público, por lo que carece de todo asidero pretender retacear su vigencia en el ámbito de este último"*[916]. En consonancia con ello, corresponde señalar los extremos de los artículos 9[917], 729[918], 961[919] del Código Civil y Comercial argentino, aplicables en materia de contratos administrativos.

---

[912] C.N.A.C.A.F., Sala III, "Wainsten", La Ley 1989-D, Buenos Aires, 1989, p. 481.

[913] MAYO, Jorge, *La buena fe en la ejecución de los contratos*, La Ley, DJ 2002-3, Buenos Aires, 2002, p. 1061.

[914] C.S.J.N., "Gobierno de la Nación", Fallos 182:502 (1938).

[915] C.S.J.N., "Panedile Argentina S.A.I.C.F.I.", Fallos 305:1011 (1983); "Juan María de Vido e Hijos S.C.A.", Fallos 311:971 (1988); "Yacimientos Petrolíferos Fiscales", Fallos 315:158 (1992); "Astilleros Costaguta S.A.", Fallos 315:890 (1992); "Lockwood S.A.", Fallos 315:1299 (1992); "Cinplast IAPSA", Fallos 316:212 (1993); "Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F.", Fallos 316:382 (1993); "Franklin Consultora S.A.", Fallos 319:469 (1996); "José Cartellone C.C.S.A.", Fallos 326:2686 (2003); "Destilería Argentina de Petróleo S.A.", Fallos 326:3135 (2003); "Aguas Argentinas S.A.", Fallos 328:2004 (2005), "Punte", Fallos 329:809 (2006).

[916] C.S.J.N., "Almacenes del Plata", Fallos 311:970 (1988).

[917] *"Los derechos deben ser ejercidos de buena fe"*.

[918] *"Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe"*.

[919] *"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor"*.

Frente a tales supuestos, y atento que la conducta de las partes constituye base cierta de interpretación de los términos del vínculo jurídico que las une[920], es cierto que no podemos dejar de lado que el desconocimiento del contratista no puede vulnerar su deber de diligencia calificado.

Ahora, no basta el mero conocimiento que el particular tenga del vicio del acuerdo, sino que se requiere específicamente connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, por lo que debe existir colusión o corrupción en vez de mero conocimiento[921].

En este sentido se ha expedido la Procuración del Tesoro de la Nación, al considerar que el conocimiento del vicio no puede jamás derivarse de la presunción civilista y genérica del conocimiento del derecho, o de la existencia del vicio de violación de la ley, ni colegirse de aquélla conclusión de que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado[922]. Máxime cuando la ilegitimidad contractual obedece -acorde a lo expuesto- a causas imputables a la propia Administración, sin que puedan ser conocidas ni por el contratista más experto y diligente en la materia.

Estas cuestiones deben examinarse en cada caso en particular.

Amén de lo señalado, es posible entrelazar este recaudo de la buena fe con la cualificación técnica del particular, dado que el ordenamiento permite a la Administración contratar con quien previamente ha demostrado tener -entre otros requisitos- la cualificación técnica necesaria para hacer frentes a los encargos que el interés general exige, revistiendo tal cuestión un verdadero parámetro de ponderación. Resulta ilustrativo citar el precedente "Magnarelli"[923], ya que parece difícil sostener que la parte accionante haya podido ignorar -en el caso- la necesidad de licitación para un servicio millonario, sumado a que la supuesta contratación se encontraba inmersa en circunstancias poco claras, tales como la ausencia de antecedentes concretos, la presencia de representantes del ente contratante que -a la vez- lo eran de las empresas proveedoras[924], etc.

---

[920] C.S.J.N., "Gas del Estado S.E.", Fallos 326:2457 (2003); "Red Argentina de Emisoras Splendid S.A.", Fallos 262:87 (1965); "Provincia de Catamarca", Fallos 302:242 (1980); "SADE S.A.C.C.I.F.I.M.", Fallos 318:1632 (1995).

[921] GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo III, ob. cit., p. VI-19; REJTMAN FARAH, Mario, "La estabilidad del acto administrativo y el conocimiento del vicio como causal de revocación", en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 432.

[922] P.T.N., Dictámenes 259:11; 245:280; 195:49. Máxime si refiere a derechos de naturaleza alimentaria (SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "La extinción del contrato administrativo: La rescisión por razones de ilegitimidad", ob. cit., p. 50).

[923] C.S.J.N., "Magnarelli", Fallos 326:1280 (2003). Desarrollado en el capítulo quinto del presente trabajo.

[924] CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", ob. cit., p. 1282.

Por ello, pretendemos justificar que -en determinados casos- pueda alegarse la aplicación *ex officio* de la figura del enriquecimiento injusto, pese a la concertación de un acuerdo viciado producto de la omisión de las formalidades sustanciales, valorando la buena fe (preferentemente desde su faz subjetiva) de la parte empobrecida, al concebirse que obró con la convicción de estar actuando conforme al ordenamiento jurídico. Caso contrario, el particular no tendrá argumento para justificar la omisión de las reglas de perfeccionamiento del contrato, en vulneración al interés público comprometido y la legalidad del gasto[925].

III.- UNA "VEROSIMILITUD" DE LEGITIMIDAD EN LA CONTRATACIÓN A LOS OJOS DEL PARTICULAR

A modo de tercer recaudo objetivo para la avalar nuestra hipótesis de trabajo, hacemos alusión a la necesidad de que, a los efectos de celebrar el contrato administrativo, se hayan invocado razones que tiendan a inducir -aún a las personas más especializadas- que el acuerdo perseguido cuenta con un ropaje de legitimidad. Cuestión que se advierte con mayor intensidad ante la invocación estatal de cuestiones de urgencia, para así palear toda posibilidad de perfeccionar una licitación o concurso público, recurriendo a contrataciones directas.

Vale enfatizar que el artículo 19 del Decreto reglamentario Nº 1030/16 determina explícitamente que dichas razones de urgencia obedecen a necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales del organismo estatal contratante.

Por ende, se consolida a la noción de urgencia como a un verdadero concepto jurídico indeterminado[926], ya que en cada caso en particular se deberá considerar minuciosamente si efectivamente surgen necesidades inminentes que obstruyen el actuar administrativo predeterminado.

En este orden de ideas, y adecuándonos a nuestro razonamiento inicial, debemos dejar en claro que debe regir una mera "verosimilitud" de la urgencia invocada por el órgano contratante, la cual -a los ojos del contratista- se ostenta, en el peor de los casos, como meramente opinable o discutible. Tal como sería, por ejemplo, la necesidad de *"evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud"*[927], o a cualquier otro derecho fundamental comprometido en el caso concreto.

De acuerdo al criterio de la Procuración del Tesoro, la invocación de "urgencia" debe acreditarse debidamente mediante *"estudios técnicos, objetivos, previos y serios*

---

[925] FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, *El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional*, ob. cit., p. 66.

[926] SESÍN, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 180.

[927] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Hospital Regional II Nivel de Sincelejo" (N° 70001-23-31-000-2001-00670-02[38724]), 20.02.2017.

que la califiquen como cierta ya que de modo alguno puede quedar librado al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma reglamentaria impuesta en defensa del interés del Estado; de otro modo podría darse por supuesta una situación de urgencia inexistente, generalizándose así un régimen de excepción que debe, como tal, ser de interpretación y aplicación restrictiva"[928].

IV.- EL EJERCICIO COMPROBADO DE PRERROGATIVAS ESTATALES CONTRACTUALES

La acreditación del ejercicio efectivo de una de las prerrogativas detalladas en el capítulo segundo del presente trabajo demuestra -de modo incuestionable- que la Administración consintió la ejecución de los encargos por parte del particular empobrecido.

Hacemos especial alusión a las prerrogativas de dirección, inspección y control, de interpretación unilateral del contrato, de continuidad en la ejecución, de potestad sancionatoria o de la "*potestas variandi*", a cuyo desarrollo precedente nos remitimos.

Por ello, entendemos que -de evidenciarse el ejercicio de alguna de tales prerrogativas en el marco de las actuaciones administrativas u otros medios de prueba- se intensifican los indicios que tornan viable la aplicación excepcional de nuestra tesis[929].

V.- LA RECEPCIÓN DE LOS TRABAJOS, BIENES O SERVICIOS POR PARTE DEL ESTADO. SU UTILIDAD[930]

Interesa ahora destacar, a modo de quinto recaudo, el hecho de que los encargos requeridos hayan sido debidamente receptados por el Estado. Es decir, resulta de toda necesidad que surja de la actividad probatoria de las actuaciones respectivas la comprobación de la recepción por la Administración de los encargos requeridos.

Concebimos que el recibimiento de los trabajos, más que implicar un cierto reconocimiento del acuerdo, por más ilegítimo que sea[931], refleja que la Administración,

---

[928] P.T.N., Dictámenes 89:106; 198:178; 211:155.

[929] En sentido similar se ha expedido la jurisprudencia española, señalando que *"si consta acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad en la contratación administrativa, criterio jurisprudencial que reitera, a mayor abundamiento, la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias de 12 de febrero de 1979 (RJ 1979\908) y 21 de noviembre de 1981 (RJ 1981\5267), en el supuesto de modificaciones en la prestación del contrato, como consecuencia de órdenes dadas por la dirección de la obra, lo que realmente ha sucedido en la cuestión examinada"* (Sentencia del Tribunal Supremo español del 15 de junio de 1999 [Aranzadi RJ 1999\6449]).

[930] Si no existen prestaciones que se encuentren en cumpliendo, en el marco de un acuerdo ilegítimo, la Administración estará habilitada para ejercitar -por sí y ante sí- las facultades anulatorias en sede administrativa (C.S.J.N., "Astilleros Mestrina", A. 414. XLIV. ROR, 2010). En tal sentido, la ausencia de prestaciones en cumplimiento impide que se configure la situación excepcional que prevé el artículo 17 *in fine* de la Ley Nº 19.549 (SAMMARTINO, Patricio Marcelo, "La extinción del contrato administrativo: La rescisión por razones de ilegitimidad", ob. cit., p. 49).

sea de forma expresa o tácita, ha consentido la actividad del particular que se ha empobrecido[932]. Especialmente si se evidencia un despliegue administrativo que así lo acredite, tal como sucede -por ejemplo- si los costos de la realización de los trabajos requeridos al particular fueron incluidos en una partida presupuestaria específica[933].

Semejante cuestión, de mediar en el caso concreto, tonificaría en gran medida la viabilidad de la aplicación oficiosa del enriquecimiento injusto por parte del Tribunal judicial interviniente, ya que se estaría demostrando que la Administración diagramó la realización de los trabajos encargados con antelación suficiente, y aun así omitió los procedimientos formales de contratación, o procuró justificarlos mediante argumentaciones incorrectas.

Bajo tales consideraciones no resulta justo ni equitativo que el Estado sea redimido de reintegrar todo valor a quien efectuó un gasto útil en favor del interés público[934], cuya colaboración -pese a vulnerar formas esenciales- revistió aparentemente el carácter de necesaria o esencial para el interés general. Tales cuestiones podrían promover situaciones en desmedro de los particulares[935], generando situaciones injustas[936], que no deben ser toleradas ineludiblemente en todos los casos en que se materialicen acuerdos de forma irregular o ilegítima.

Por lo expuesto, en el supuesto de existir claros e inequívocos antecedentes de la prestación realizada por el particular a pedido estatal, tras la invalidez del vínculo contractual (en razón de la existencia de vicios graves en sus elementos estructurales), la Administración debe -tras la recepción de los encargos- reconocer y abonar, en concepto de reintegro, los valores incurridos por el particular empobrecido[937], con justificación en el principio jurídico que veda todo enriquecimiento injusto.

O bien, en el eventual caso de judicializarse la cuestión, tras la configuración del silencio administrativo tras el reclamo particular en sede administrativa, el Tribunal interviniente, sea de manera oficiosa (siempre y cuando se avizoren los recaudos detallados en el presente trabajo) o, -cuanto menos- dando la posibilidad a la actora para readecuar su pretensión previo al llamamiento de autos, aplique la figura bajo análisis.

---

[931] Destacamos, una vez más, que tal cuestión bajo ningún aspecto posibilita el pago del valor total acordado mediante el contrato celebrado ilegítimamente, sino que tan solo se subsume al reintegro de los costos o gastos efectivamente erogados, sin estipular lucro o ganancia.

[932] COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 472.

[933] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., ps. 738-739.

[934] BIELSA, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 15.

[935] C.S.J.N., "Fisco Nacional", Fallos 175:254 (1936).

[936] FAJARDO GÓMEZ, Mauricio, "Reflexiones en torno a la evolución jurisprudencial de la pretensión de enriquecimiento sin justa causa ("*actio in rem verso*") en el contencioso administrativo colombiano", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de las Contrataciones Públicas*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 311.

[937] DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local*, ob. cit., p. 427.

VI.- LA INTERPOSICIÓN DE UN RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO POR PARTE DEL PARTICULAR POR OMISIÓN ESTATAL Y LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO QUE MOTIVA LA INTERPOSICIÓN DE UNA POSTERIOR ACCIÓN JUDICIAL

A modo de sexto recaudo, ante la omisión estatal de abonar el precio contractual, (o bien, ante la inexistencia de una declaración que determine la ilegitimidad del acuerdo y la compensación del valor en concepto de enriquecimiento incausado) luce la necesidad de que el particular interponga un reclamo administrativo previo.

A nuestro entender, no basta la mera interposición del citado reclamo, sino también resulta ineludible -a fin de promover la veracidad de nuestra hipótesis de trabajo- que la propia Administración incurra en un estado silencial tras el cómputo del plazo que prevé la Ley Nº 19.549 a partir de la presentación del pronto despacho.

Haciendo un poco de historia, vale mencionar que la técnica del silencio administrativo fue instaurada originariamente por la legislación francesa[938], emergiendo estrechamente cohonestada con la configuración del sistema contencioso-administrativo galo, bajo el requisito de la *decisión preálable* o regla de la decisión previa[939].

Cabe señalar que, inicialmente, el llamado "recurso contencioso-administrativo" francés se consagró como un verdadero "proceso al acto", en el que se protegía la mera legalidad objetiva del acto emanado por la Administración, por lo que bastaba que tal decisión no se produjera (no obstante el planteamiento de la cuestión ante la autoridad administrativa) para que el acceso a los órganos judiciales resultara imposible[940].

Frente a semejante obstáculo, se instauró normativamente[941] en el sistema jurídico francés la figura del estado silencial, con la finalidad de impedir que la inactividad formal de la Administración repercutiera negativamente en la viabilidad del recurso contencioso-administrativo. Así, surgió la operatividad del silencio administrativo.

Dicho silencio, como bien advierte Perrino[942], puede dividirse en dos supuestos: (i) en la decisión de la Administración, que se configura cuando, sustanciado totalmente el procedimiento y estando en condiciones de ser resuelto, el órgano competente omite dictar la resolución correspondiente; o bien, (ii) el silencio en el trámite, que se produce

---

938 Ley del 17 de julio de 1900.

939 GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El Silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Colex, Madrid, 1997, p. 27.

940 GARRIDO FALLA, Fernando, *La llamada doctrina del silencio administrativo*, Revista de Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, Nº 16, Madrid, 1955, p. 92.

941 GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El Silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, ob. cit., p. 27.

942 PERRINO, Pablo, *La inactividad administrativa y su control judicial*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nº 269, Buenos Aires, 2001, p. 13.

cuando la autoridad no dicta las providencias necesarias para impulsar o urgir el procedimiento en cuestión.

Ambos tipos de silencio generan las mismas consecuencias, al posibilitar al interesado iniciar el pleito y habilitar al Poder Judicial a pronunciarse sobre la cuestión de fondo que motivó el reclamo administrativo previo y la consiguiente denegatoria presunta[943].

Ello justifica el hecho de que dicho silencio administrativo revista el carácter de una ficción o presunción legal, en virtud del cual se considera desestimada la solicitud particular. García de Enterría y Fernández solían denominarla como una simple ficción de efectos estrictamente procesales limitados a abrir la vía[944].

Bajo este derrotero de ideas, podemos considerar al silencio administrativo como una inactividad de carácter formal, en la medida que constituye una omisión y una infracción al deber de resolver la petición del particular en sede administrativa[945]. Deber que se encuentra consagrado -en el sistema federal argentino- en normas legislativas[946] y reglamentarias[947], pero principalmente por el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual integra el bloque de convencionalidad (incorporado al texto constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional). Dicho artículo establece que *"[t]oda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución"*.

Por tanto, en el supuesto caso de que la Administración no se expida en relación a un reclamo administrativo previo interpuesto por el particular, se configura -además de una infracción constitucional- la ficción del silencio administrativo, por la cual, ante la falta de decisión de la Administración (luego de vencidos los plazos establecidos para dictarla), la parte interesada puede tener por denegada su pretensión para así tener acceso a la instancia de control judicial, pese a no existir manifestación de voluntad alguna por parte del Estado[948].

---

[943] PERRINO, Pablo, *La inactividad administrativa y su control judicial*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nº 269, Buenos Aires, 2001, p. 13.

[944] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 601.

[945] ZAMBRANO, Pedro, *Silencio de la Administración y plazos para demandar al Estado Nacional. La prescripción y la caducidad en la nueva regulación del reclamo administrativo previo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 27.

[946] El artículo 1 inciso f) de la Ley N° 19.549 contempla, en su apartado 3º, el principio de *"obtener una decisión fundada"*.

[947] El artículo 3 inciso i) del Decreto argentino N° 229/00, referente a la Carta Compromiso con el Ciudadano, enuncia que todo ciudadano goza del derecho a que la Administración dicte una decisión ante sus peticiones, solicitudes o denuncias.

[948] ZAMBRANO, Pedro, *Silencio de la Administración y plazos para demandar al Estado Nacional. La prescripción y la caducidad en la nueva regulación del reclamo administrativo previo*, ob. cit., p. 30.

De este modo, la inactividad administrativa se produce tras la constatación de una omisión por la Administración de toda actividad, sea de índole jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible[949], una vez interpuestos los medios requeridos para la configuración del silencio.

En tales términos, el estado silencial consiste en una verdadera omisión estatal, a la cual la propia Ley Nº 19.549, en su artículo 10, le asigna un sentido negativo, equivalente al rechazo de la pretensión esgrimida por el particular (salvo que una norma especial disponga expresamente que se deba considerar al silencio en sentido positivo). De manera coincidente se ha expedido la Corte Suprema de Justicia argentina[950], señalando que el silencio administrativo opera indefectiblemente en favor del particular[951], como si hubiese una resolución expresa que hubiera desestimado su pretensión[952], ya que una solución contraria premiaría la actitud remisa y negligente del Estado y perjudicaría al particular.

Entonces, ante la hipótesis inicial, el silencio administrativo deviene sumamente relevante en nuestro razonamiento, dado que, tras su configuración (pasados 90 días de la interposición del reclamo administrativo previo por falta de pago contractual, y posteriores 45 tras la presentación del pronto despacho, acorde lo previsto por el artículo 31 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), y hasta tanto se expida el órgano estadual competente al contestar la demanda articulada en sede jurisdiccional, el particular verdaderamente desconoce toda manifestación estatal acerca de su pretensión de incumplimiento contractual y, por ende, no podría imputársele carga alguna a fin de que invoque la figura del enriquecimiento injusto en su primera presentación judicial.

Lo relevante a considerar es que la Administración, con su actuación inicial y su silencio posterior, crea y consolida en un caso concreto la apariencia de legitimidad de un determinado obrar, observándose que no se arbitraron los medios conducentes a los fines de examinar y -eventualmente- declarar la invalidez del acuerdo administrativo, ni expedirse en relación a la figura del enriquecimiento sin causa en sede administrativa.

En suma, configurado el silencio administrativo, como ficción legal, resulta imprescindible para nuestra tesis que el particular inicie un proceso judicial, detallando y acreditando cada uno de los hechos relevantes del caso, haciendo referencia al acuerdo concertado y a los encargos debidamente materializados.

---

[949] GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 59.

[950] C.S.J.N., "Hotel Internacional Iguazú", Fallos 308:618 (1986); "Maruba", Fallos 321:1784 (1998).

[951] C.S.J.N., "Colegio Bioquímico del Chaco", Fallos 316:2477 (1993); "Biain", Fallos 318:1349 (1995).

[952] C.S.J.N., "Villareal", Fallos 324:1405 (2001). Destacado en otra oportunidad que, frente a pretensiones que requieran un pronunciamiento concreto, *"[e]l silencio de la Administración no vale como consentimiento tácito de los órganos estatales, ya que se trata de una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad pues, salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo"* (C.S.J.N., "Aeroandina S.A. y Fexis S.A.", Fallos 329:972, 2006).

VI.- COLOFÓN

La cuestión que nos hemos propuesto dilucidar gira en torno a la situación de aquél particular que, obrando de buena fe, ejecuta tareas sin recibir contraprestación alguna en el marco de un vínculo contractual ilegítimo, por irregularidades en el procedimiento de selección que desconocía y no le era imputables, al exceder de su rol de colaborador[953].

Cabe apuntar que la Administración no puede enriquecerse si, teniendo la oportunidad de oponerse -procedimental o procesalmente- a la actuación del contratista particular, no se expide al respecto. En estos términos, si durante la ejecución de los trabajos no declaró la ilegitimidad de acuerdo, ya sea en sede administrativa o mediante la interposición de una acción cautelar en sede judicial y posterior acción de lesividad, entendemos que se recrea una situación que amerita -en ciertos casos muy excepcionales- la viabilidad oficiosa de la figura del enriquecimiento sin causa. Máxime si de las constancias de las actuaciones surge algún parámetro técnico que indique la estructura de los costos erogados por la contratista (sin computar el margen de ganancia o beneficio pretendido[954]), o si el mismo puede ser calculado en una etapa posterior.

Frente a la comprobación de los extremos individualizados en los puntos anteriores, propiciamos la pertinencia de la aplicación oficiosa del enriquecimiento injusto. Especialmente en instancia administrativa, e incluso ante un eventual conflicto judicial por parte del Tribunal interviniente, a fin de garantizar una solución justa al caso en concreto. En ambos escenarios, consideramos que, bajo los recaudos señalados, podría aplicarse la figura *ex officio*.

En este orden, el rechazo de la acción judicial por el solo hecho de no haberse invocado explícitamente la figura bajo análisis constituiría -en determinados casos excepcionales- una decisión de injustificado rigor formal y comportaría una inteligencia que no se adecuaría con las reglas aplicables al principio *in dubio pro actione*. Asimismo, entendemos que la declaración oficiosa no implicaría fallar *extra petita* ni soslayaría el principio procesal de congruencia, en tanto el Tribunal interviniente se atenga a las circunstancias fácticas planteadas e invocadas por las partes, tal como se desarrollará en el capítulo siguiente.

Cuanto menos, estimamos procedente que el Tribunal de la causa -tras la contestación de demanda y previo a la sentencia- conceda un traslado a la parte actora a fin de que readecue su pretensión.

No debemos olvidar que en la contratación administrativa -al igual que en toda la actividad administrativa- quien debe velar por el cumplimiento de las requisitos esenciales es la propia Administración, sin perjuicio de que al contratista particular se le

[953] C.S.J.N., "Durusse de Fernández", Fallos 308:633 (1986).
[954] P.T.N., Dictámenes 285:156.

exija un deber diligente (actuando de modo tal de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos, con acceso indudable a toda la información referida al rubro en el cual opera).

Por lo expuesto, no parece moral y éticamente aceptable que el Estado, al celebrar contratos sin respetar el encuadre normativo, aceptando y beneficiándose con la labor realizada por el particular, se niegue a abonar -cuanto menos- los gastos erogados por el contratista para la ejecución de la labor referida, la cual se entrelaza con la gestión y satisfacción del interés público.

Es cierto que la figura que nos ocupa no reviste el carácter de panacea, como un medio cómodo y simplista de imponer justicia y equidad en las relaciones jurídicas, pues admitida superficialmente y sin discriminación, se torna peligrosa y susceptible de trastornar las instituciones jurídicas vigentes. Empero, frente a la efectiva corroboración de ciertas exigencias corresponde -en última instancia- al Poder Judicial, en el marco de un caso judicial, el deber de levantar el velo de la relación subyacente y proteger tanto al particular, como a la Administración y, fundamentalmente, a los principios del Estado de Derecho[955].

Somos de la idea excepcional de que -en la medida en que se encuentren debidamente acreditados cada uno de los requisitos mencionados en este acápite- la pretensión deducida en la demanda podría ser alterada o flexibilizada, ya sea durante la propia sustanciación de readecuar su pretensión, o -incluso- al momento de resolver (habilitándose hasta una instancia especial a los efectos de fijar económicamente el valor del resarcimiento, en el eventual escenario de ser necesario).

Por último, no podemos dejar de advertir -incluso- la eventual posibilidad de que la Judicatura aplique oficiosamente la teoría del enriquecimiento injusto en determinados casos judiciales en que se denote la existencia de "mayores costos" aun en el marco de un acuerdo válidamente celebrado (especialmente con relación a suministros de bienes inescindiblemente vinculados a la satisfacción de derechos fundamentales, sea en materia de salud, alimentación, rehabilitación, intervenciones quirúrgicas, etc.).

Esta hipótesis sería viable en la medida que se demuestre que el particular fehacientemente *"afrontó mayores costos para cumplir el contrato, a través de la documentación que acompañó, que incluye facturas de gastos concretos realizados, por lo cual aquí no hay actualización del crédito en función de un índice general de precios u otro valor de referencia, sino la necesidad de proceder a un reajuste para evitar un enriquecimiento sin causa de parte de la demandada que se vio beneficiada por los costos asumidos por la actora en relación al suministro adjudicado, que de no haber*

[955] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., ps. 184-185.

sido tercerizado a través un contrato administrativo, hubiese tenido que asumir de hecho la propia entidad pública"[956].

[956] S.C.J.M., "DIMARIAS S.A.", CUIJ N° 13-02123286-0 [012174-11106301], 20.10.2015. En el caso, el Procurador General del Tribunal propició el rechazo de la demanda, por inexistencia de acuerdo conciliatorio en sede administrativa, mientras que el Pliego aplicable determinaba un sistema de precios fijo e inamovible durante todo el contrato. A su vez, agregó que la actora no invocó oportunamente la teoría de imprevisión ni la propia del enriquecimiento sin causa que la pudiera haber empobrecido ilegítimamente a consecuencia de supuestas fluctuaciones en los costos, de tal magnitud como para alterar gravemente las bases económicas del contrato. Sin perjuicio de ello, en razón de la prueba rendida y con justificación en el principio que veda todo enriquecimiento injusto, el Tribunal decidió hacer lugar a la acción entablada.

CAPÍTULO VIII

ESCOLLOS QUE PRESENTA LA APLICACIÓN OFICIOSA

Conforme a la interpretación efectuada por el Alto Tribunal federal argentino, la aplicación oficiosa de la figura del enriquecimiento injusto -ante una contratación administrativa ilegítima- no resultaría procedente en instancia judicial.

Pese a ello, ante determinadas situaciones excepcionales, y en la medida que se acredite debidamente la serie de argumentos detallados en el capítulo precedente, entendemos como factible la viabilidad de nuestra hipótesis de trabajo. El objeto del presente acápite será justificar que el planteo ideado no vulnera el principio procesal de congruencia ni el derecho constitucional de defensa.

I.- PRIMER ESCOLLO DE NUESTRO ENCUADRAMIENTO: EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. SU RELACIÓN CON EL AFORISMO *IURA NOVIT CURIA*

A partir del precedente "Ingeniería Omega S.A." [957], la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sostiene que la aplicación oficiosa del enriquecimiento sin causa en sede judicial configura una grave violación al principio procesal de congruencia.

Ahora, resulta de vital importancia preguntarnos ¿qué entendemos por congruencia? ¿Cómo se vincula con el aforismo *iura novit curia*?

I.1. El principio procesal de congruencia. La pretensión.

En respuesta a tales interrogantes, opinamos que el principio procesal de congruencia alude a la exigencia por la cual debe mediar identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima[958]. Según una reiterada jurisprudencia del Superior Tribunal español, el principio procesal de congruencia *"obliga a que entre la parte dispositiva de la resolución judicial, y las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes durante la fase expositiva del pleito (demanda y contestación), exista la máxima concordancia y correlatividad"*[959].

---

[957] C.S.J.N., "Ingeniería Omega S.A.", Fallos 323:3924 (2000).

[958] PEYRANO, Jorge, *El Proceso Civil. Principios y fundamentos*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 64.

[959] Sentencia del Tribunal Supremo español del 26 de enero de 1993 (citada en GARCÍA PÉREZ, Marta, *El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 1999, ps. 139 -140).

Al respecto, el Alto Tribunal argentino ha establecido que *"el principio de congruencia exige la existencia de conformidad entre la sentencia, y las pretensiones y defensas deducidas en juicio, es decir, de la correspondencia que debe mediar entre el contenido de las pretensiones y oposiciones de las partes, y la respuesta que surge del órgano jurisdiccional en su pronunciamiento"*[960].

Dicho principio cuenta con una vinculación constitucional[961], como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, por lo que el Tribunal interviniente -en principio- sólo podría fallar respecto de las cuestiones planteadas por las partes[962].

En tales términos, debe existir una clara relación no solo entre los argumentos esgrimidos entre la sentencia y la parte dispositiva de ésta, con explicaciones fácticas y jurídicas que sean la consecuencia lógica de la decisión alcanzada[963], sino también con las propias manifestaciones ventiladas por las partes[964]. Es por ello que se sostiene que las pretensiones conforman la pauta objetiva del proceso, en cuanto condicionan los términos del debate, vinculan al Tribunal interviniente y señalan el comienzo y final del conflicto jurídico[965]. De esta forma, se identifica cuál es la concreta necesidad del litigante, cuál es su reclamación[966], pues *"todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión"*[967].

Por ello, se aduce que la pretensión procesal es -sucintamente- una declaración petitoria, una petición de un sujeto activo ante un Tribunal, frente a un sujeto pasivo, sobre un bien de la vida[968]. Couture[969] señala que la pretensión es la afirmación de un sujeto de Derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. Apunta a la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que -invocándolo- pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica pretendida.

Como regla general, la pretensión acota el contenido del proceso, configura su *prius* lógico[970], fija límites concretos, condiciona la tramitación y el resultado del pleito, delimitando el ámbito en el que necesariamente ha de desenvolverse el órgano judicial.

---

960 C.S.J.N., "Vieyra de Álvarez", V.102.XLVIII (2013).
961 C.S.J.N., "Pérez", Fallos 318:1598 (1995).
962 C.S.J.N., "Ferreyra", Fallos 315:106 (1992); "Concencioca", Fallos 317:1333 (1994).
963 MARANIELLO, Patricio, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Librería del Jurista, Buenos Aires, 2008, p. 59.
964 C.S.J.N., "Vieyra de Álvarez", Fallos 325:795 (2013).
965 GARCÍA PÉREZ, Marta, *El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, ob. cit., p. 31.
966 GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 46.
967 GARCÍA PÉREZ, Marta, *El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, ob. cit., p. 44.
968 GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, ob. cit., p. 74.
969 COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 72.
970 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*, Civitas, Madrid, 1990, p. 181.

Toda pretensión procesal se compone de tres elementos básicos[971]: (i) los *sujetos* que delimitan la pretensión, sea la persona que la formula (demandante), la persona frente a quien se formula (demandado) y la persona ante quien se formula (juez o tribunal)[972]; (ii) el *objeto* de la pretensión, que es el bien jurídico respecto al cual se pide la tutela jurisdiccional; y (iii) el elemento de actividad o modificativo de la realidad, que atribuye a la pretensión el significado de declaración de voluntad que se identifica en la práctica con una petición fundada.

De ello, se extraen -a la vez- dos conceptos: el *"petitum"* (o petición) y la "*causa petendi"* (o título de pedir). El primero alude concretamente al tipo de pretensión, mientras que el segundo al fundamento, pero no como argumento jurídico, sino como los acontecimientos de hecho que lo individualizan y diferencian como delimitación[973]. En este entendimiento, el Superior Tribunal español indicó que *"la pretensión se integra y delimita no sólo con aquello que se pide, sino también con los presupuestos de hecho que la determinan"*[974], complementando luego que *"la identidad de pretensiones procesales viene determinada por la identidad de las peticiones que se formulan y la de los hechos que sirven de sustrato de tales peticiones"*[975].

Somos de la idea de que estas connotaciones deben ser necesariamente vinculadas con la noción de "acción", pues la acción es el *"poder jurídico de hacer valer la pretensión"*[976], correspondiendo un examen conjunto y vinculado, más allá de sus diferencias.

I.2. El principio *iura novit curia*

Amén de lo expuesto, no podemos dejar de considerar cómo opera el principio *iura novit curia*, en cuanto faculta al Tribunal interviniente a aplicar las normas de Derecho correspondiente al caso, al margen de las oportunamente invocadas por las partes. De esta manera, se procura que el órgano judicial se atenga a los hechos expuestos y demostrados por las partes litigantes, pero no así por el Derecho invocado o dejado de invocar por ellas[977].

Esta cuestión plantea una gran excepción al principio dispositivo del proceso, dado que el magistrado interviniente en la causa judicial se encuentra facultado para

---

[971] GARCÍA PÉREZ, Marta, *El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, ob. cit., p. 142.
[972] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, ob. cit., p. 179.
[973] GARCÍA PÉREZ, Marta, *El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, ob. cit., p. 144.
[974] Sentencia del Tribunal Supremo español del 29 de enero de 1991 (citada en GARCÍA PÉREZ, Marta, *El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, ob. cit., p. 145).
[975] Sentencia del Tribunal Supremo español del 28 de octubre de 1996 (citada en GARCÍA PÉREZ, Marta, *El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, ob. cit., p. 145).
[976] COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 72.
[977] C.S.J.N., "Venturini", V. 49. XXXIX. ROR (2007); "La Continental Cía", Fallos 329:624 (2006); "Provincia del Chubut", Fallos 324:4199 (2001); "Saliot", Fallos 324:1590 (2001); "Rocca", Fallos 322:1100 (1999); "Siderca S.A.I.C.", Fallos 321:1167 (1998); "Antonio Sergi Vinciguerra", Fallos 321:277 (1998); "Celedonia Etchegoyen de Coelho", Fallos 261:193 (1965).

calificar la cuestión fáctica acorde al Derecho vigente, subsumiendo los hechos en la norma que estime pertinente, lo cual signifique que *"el Juez conoce el derecho que debe aplicar para solucionar el conflicto existente en base a los hechos expuestos como litigiosos o admitidos"*[978].

En este sentido, en virtud del principio *iura novit curia* (y aun en el marco del principio dispositivo que rige al proceso), el Tribunal debe aplicar el Derecho a los hechos manifestados por las partes, más allá del encuadre legal que cada una de ellas le hubiera otorgado en el marco de su pretensión, por imperio del deber de fundamentación de sus sentencias[979], con especial énfasis si se considera que -de la pretensión interpuesta- es dable deducir el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la esfera jurídica vulnerada.

Bajo este entendimiento, el aforismo aludido actúa bajo una doble acepción: como presunción y como principio jurídico[980]. Como presunción, en el sentido de que el Tribunal conoce las normas, principios y reglas aplicables al litigio (circunstancia que exime a las partes de alegar y probar los materiales jurídicos y que justifica, además, que el órgano juzgador no se encuentre vinculado a las consideraciones jurídicas que eventualmente aquéllas efectúen). Y, asimismo, como principio jurídico, en tanto constituye un deber de los magistrados: interpretar el caso y aplicar el régimen jurídico correspondiente, al efecto de satisfacer los principios de justicia y equidad[981].

Desde hace varias décadas, sentencias de tribunales nacionales argentinos determinan que *"los jueces pueden decidir el pleito con arreglo a razones jurídicas distintas de las invocadas por las partes sin que por ello pierda congruencia el proceso"*[982]. La propia Corte Suprema argentina consignó que *"es deber y facultad de los jueces, aplicar las normas del derecho vigente de conformidad con la regla iura curia novit, con prescindencia de los planteos de las partes"*[983].

---

978 CHIAPPINI, Julio, *La congruencia procesal salvaguardada por el principio iura novit curiae*, LLBA AR/DOC/3718/2012, Buenos Aires, 2012, p. 615.

979 CERVELLINI, Mariano Carlos, *La aplicación del enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo con especial referencia a las contrataciones administrativas viciadas de nulidad*, tesina presentada para el título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, inédita, Buenos Aires, 2006, p. 26.

980 EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Iura novit curia y aplicación judicial del Derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 18.

981 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 214.

982 C.N.A.Civ., Sala A, "Bruschi de Cerratelli", El Derecho, Tomo 68, Buenos Aires, 1976, p. 159; BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 48.

983 C.S.J.N., "Mena", Fallos 292:58 (1975); "Cáceres Cano", Fallos 261:193 (1965); "Salman", Fallos 262:38 (1965); "Enquin", Fallos 263:32 (1965). Si bien en una oportunidad expresó que *"[e]l principio ¨iura novit curia¨, destinado a reconocer a los jueces facultad para suplir el derecho que las partes*

Normativamente, si bien el artículo 330 -inciso 5- del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina establece que, en la demanda, la parte actora debe identificar el Derecho aplicable al caso, el alcance del aforismo aludido permite que la falta o falla en dicha identificación pueda y deba ser subsanada por el magistrado, dado que corresponde a la labor del propio Juez resolver si la consecuencia jurídica de la pretensión deducida se condice con las circunstancias fácticas del caso. Tal cuestión deriva del rol interpretativo del Juez, quien reviste el carácter de soberano en la apreciación y aplicación del Derecho vigente en el caso.

Desde esta atalaya, el magistrado debe subsumir los hechos jurídicamente relevantes en las normas o principios adecuados, dictando la respectiva sentencia *"ajustándose al derecho vigente cualquiera sea la calificación jurídica que se haya dado a la relación"*[984]. Es por ello que se ha expresado incluso que *"[e]l Juez se ve siempre obligado a decidir entre normas e interpretaciones contradictorias y tal decisión importa un proceso valorativo previo sobre el que se funda la selección en función de los hechos del caso"*[985].

El Tribunal, entonces, debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es consubstancial a la función decisoria la aplicación del principio *iura novit curia*.

En este sentido, entendemos que los hechos afirmados y demostrados por la parte accionante permiten modular en determinados casos la pretensión articulada en su escrito de demanda. A modo de ejemplo, es dable señalar que una pretensión por indemnización de daños y perjuicios fundamentada estrictamente en la responsabilidad aquiliana, no impide que la sentencia haga lugar a la pretensión con sustento en el régimen de la responsabilidad contractual, por cuanto -en tal hipótesis- la causa de la pretensión se halla representada por el hecho dañoso comprobado y no por el punto de vista jurídico a través del cual la parte actora lo ha invocado.

Sabido es que nuestro sistema jurídico no resulta un mero sistema de acciones. En principio, quien posee un derecho a recuperar un determinado objeto, le bastará con demostrarlo para que triunfe su pretensión. Por lo tanto, lo relevante no debe constituir la acción en sí, sino el derecho que se pretende ejercitar, y la comprobación de la situación fáctica especificada en el caso.

---

invocan erróneamente, no justifica que aquéllos introduzcan de oficio acciones no planteadas ni debatidas en la causa" (C.S.J.N., "Jaunarena", Fallos 268:7, 1967).

[984] FALCÓN, Enrique, *Cómo hacer una demanda*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 65.

[985] CUETO RÚA, Julio, *El common law*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 64.

I.3. Determinada jurisprudencia iberoamericana admite la aplicación oficiosa de la figura del enriquecimiento sin causa sin que ello implique una vulneración al principio de congruencia

I.3.i. España

Trasladándonos a la figura del enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema argentina, calificada doctrina española considera que debe rechazarse la idea de que la *actio in rem verso* tiene que ser alegada formalmente como tal para ser acogida, sino que deben respetarse los principios jurídicos del *iura novit curia* y del *mihi factum, dabo tibi ius*, en la medida que permiten que el Tribunal interviniente, frente a una pretensión de condena a la Administración, acoja parcialmente la misma, pero con otra fundamentación jurídica, condenando al Estado a cumplir una obligación de restitución por enriquecimiento sin causa[986].

Resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Superior español, del 15 de octubre de 1987[987], que determinó que *"es más fuerte el derecho de los litigantes que el error en la acción"*, y termina por condenar a la Administración con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa (que en ningún momento había alegado el recurrente[988]), aduciendo que *"el juzgador está vinculado a los hechos, pero no al derecho invocado por los interesados («iura novit curia») lo que provoca la aplicación del apotegma «da mihi factum, dabo tibí ius»"*. Asimismo, expresó que *"la reclamación de la accionante no se basa, por sus antecedentes y contenido, en el tipo de responsabilidad genérica instaurada en el art. 121 de la Ley de expropiación Forzosa , en el art. 40 de la citada Ley de Régimen Jurídico y refrendada por la Constitución (art. 106.2), sino en una acción de resarcimiento, por servicios y suministros prestados a la Administración demandada, como consecuencia de un contrato que, si «a posteriori» ha sido declarado nulo, hasta ese momento se desenvolvió bajo la presunción de legalidad y veracidad, común a todos los actos y negocios jurídicos administrativos"*, por lo que determinó

---

[986] De esta manera, se permite subsumir dentro de una pretensión por cobro de pesos por incumplimiento contractual, la eventual posibilidad de que el decisorio judicial aplique la figura del enriquecimiento. Ahora bien, dicho silogismo excepcional no podría aplicarse a la inversa; es decir, no concebimos la posibilidad de que, ante la interposición de la *actio in rem verso* pueda suponerse ínsita la pretensión de incumplimiento contractual. Así lo sostuvo la jurisprudencia española, al aseverar que *"[h]a de cuidarse de que aquello que se ofrece como cambio del punto de vista jurídico no afecte al fundamento de la pretensión por consistir en cambio o alteración del particular aspecto bajo el que se hayan dejado invocadas las ocurrencias en que aquel fundamento consiste, mutación que no sería procesalmente lícita porque conllevaría cambio de la pretensión y arrastraría a la indefensión de la parte adversa. En el caso la demandante dedujo demanda de enriquecimiento injusto y no la aquiliana que ahora quiere se juzgue existiendo entre ambas notables diferencias"* (Sentencia del Tribunal Supremo español del 5 octubre de 1985, S.T.S. 495/1985).

[987] Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso, del 15 de octubre de 1987 (S.T.S. 6423/1987).

[988] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 181.

que *"[s]i la acción emprendida en este proceso tiende, en realidad, a evitar un enriquecimiento sin causa de la Administración, de no satisfacer ésta la totalidad del precio de los suministros y servicios prestados a la misma por la sociedad recurrente, lo que es objeto de interdicción por una constante doctrina legal, que abarca los supuestos de enriquecimiento torticero en el ámbito contractual, es notorio que ello constituye una pretensión de reparación de unos «efectos» de una relación contractual que pasó por diversos avatares, desde un primer momento de supuesta perfección, a un último momento de invalidación o anulación del vehículo contractual. Avatares que, sin embargo, no borran la impronta contractual, del negocio jurídico concertado entre tan repetida empresa y el mencionado Ministerio, de la que no debe salirse cuando el conflicto deriva en un conflicto judicial"*.

Paralelamente, mediante sentencia del 9 de abril de 1974[989], el Alto Tribunal español consignó, frente a una acción de cumplimiento contractual y ante la presencia de vicios en el contrato celebrado (pese a la imposibilidad de declarar la existencia de una obligación de pago), se ordenó condenar igualmente al Estado con fundamento expreso en el enriquecimiento sin causa, afirmando que ello no supone incongruencia alguna[990].

Estos precedentes hispanos dan pautas claras que permitirían la aplicación excepcional de nuestra hipótesis de trabajo, sin distorsionar o aniquilar el loable criterio sostenido por la Corte Suprema argentina a partir del caso "Ingeniería Omega S.A.", con fundamento también en los postulados constitucionales españoles, pues el artículo 24.1. de dicha Carta Magna consagra que *"[t]odas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"*.

Debemos también traer a colación dos sentencias del Tribunal Supremo español, ambas del día 19 de noviembre de 1986, en relación a una misma plataforma fáctica: un numero de profesores de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense prestó determinados servicios docentes y asistenciales a los internos del Hospital Clínico San Carlos de la ciudad de Madrid, en virtud del convenio suscrito el día 7 de octubre de 1968, entre los Ministerios de Educación y Ciencia y Trabajo de España.

Ante el desarrollo de las prestaciones, su falta de pago y posterior declaración de nulidad de los acuerdos en sede administrativa, los médicos docentes iniciaron las acciones legales pertinentes, estableciendo -como pretensiones procesales- que se anulen y se dejen sin efecto los actos que declararon la ilegitimidad de los acuerdos, y -en consecuencia- se le abonen íntegramente los servicios prestados en el Hospital Clínico de Madrid.

---

[989] Sentencia del Tribunal Supremo español del 9 de abril de 1974 (Ar. 1730).
[990] REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, ob. cit., p. 181.

Al momento de resolver, el Máximo Tribunal español expresamente consignó que *"resultar inimaginable que una Administración, con tantos poderes en su mano, se resigne ante el impulso o determinación de este grupo de profesionales, a que éstos presten un servicio, no aceptado voluntariamente por aquélla. Como tampoco resulta imaginable, si damos por supuesta la existencia de una aceptación voluntaria de estos servicios por la Administración, que la misma de una conformidad afectada por uno de los vicios que invalidan el consentimiento y que tan anómala situación se perpetúe durante tanto tiempo"*. Seguidamente, expuso que *"tampoco vale la alegación de la inexistencia de título jurídico que, conforme al artículo 42 de la Ley General Presupuestaria, obligue a la Administración a hacer frente a la pretensión de estos facultativos, sirviéndose, para razonar así, de la anulación judicial del referido Convenio, porque, a pesar de esto, como hemos dicho, los servicios se han seguido prestando"*.

Frente a ello, reconoció que la solución adecuada del caso reside en cuestiones de "equidad" y de "justicia", justificando que el *"modo de lograr el equilibrio sinalagmático a que debe responder la moralidad administrativa, y a lo que ha contribuido decisivamente la jurisprudencia de este Tribunal, en sentencias como las citadas por la defensa de los apelados, recurriendo a la técnica, bien del cuasi contrato de gestión de negocios, bien a la del enriquecimiento sin causa"*[991].

En otra oportunidad, el Alto tribunal español ratificó la aplicación de la figura del enriquecimiento injustificado en el marco de un contrato administrativo viciado (en el caso se había omitido el procedimiento previsto y la intervención del órgano competente para contratar), enfatizando la existencia de *"un resultado práctico para el pueblo (...) siguiendo el ejemplo dado por los Tribunales, sobre todo por el nuestro, superador de situaciones análogas, mediante la aplicación de la técnica del enriquecimiento sin causa: entre otras muchas, Sentencias de 12 de marzo de 1964, 2 de mayo de 1960, 22 de enero de 1975 y 28 de noviembre de 1990"*. Exteriorizando luego que *"el enriquecimiento sin causa viene a corregir situaciones de total desequilibrio, en relaciones que, carentes de ropaje jurídico, materialmente han existido produciendo beneficios concretos en una de las partes, a costa de la otra. Con ello se originan unos efectos sin causa - enriquecimiento y empobrecimiento- al no venir respaldados por las formas exigidas en el régimen administrativo. Mas estos efectos, sin causa, por la forma, se convierten en determinantes de la causa que los corrige y repara. Así pues, en supuestos como el que nos ocupa, la causa del abono de*

[991] Sentencias del Tribunal Supremo español del 19 de noviembre de 1986 (S.T.S. 6396/1986 y 13916/1986).

la obra no es la causa del contrato -inexistente en lo formal-, sino la causa de que no se produzca un enriquecimiento y un empobrecimiento sin causa"[992].

Estos criterios fueron sostenidos por la Corte Suprema argentina en la década del 60. Precisamente, la sentencia recaída el fallo "Administración General de Transportes de Buenos Aires"[993], la Corte consignó que la pretensión de la actora: cobro de pesos por incumplimiento contractual, sería igualmente procedente sobre la base del enriquecimiento sin causa, toda vez que *"entre las facultades de los jueces se halla, en efecto, la de declarar el derecho que rige el caso"*.

Ahora bien, consideramos oportuno citar nuevamente al Supremo Tribunal español, mediante sentencia del 20 de enero de 1971, en la medida que consideró que *"la inexistencia de contrato en cualquiera de sus formas no sería tampoco óbice para estimar obligada al pago a la Corporación si ello pudiera fundarse en el principio del enriquecimiento injusto"*[994]. He aquí uno de los fundamentos vitales al efecto de justificar la viabilidad excepcional de nuestra hipótesis de trabajo, la cual tiene recepción en la experiencia jurídica iberoamericana.

Esta interpretación incluso puede extraerse del polémico fallo "Cardiocorp" de la Corte argentina, en cuanto determinó que*"[e]n tales condiciones corresponde que, sobre la base de los elementos de juicio obrantes en el proceso, en cada caso los jueces de la causa determinen el importe de lo que se debiera restituir para evitar que la comuna se enriquezca a expensas del patrimonio del particular sin compensación alguna"*.

I.3.ii. Colombia

Otra mirada interesante plantea la jurisprudencia colombiana, a partir de determinados precedentes de su Consejo de Estado.

Mediante los autos "Droguería Santa Fe de Arauca"[995], el señor José Edgar Prieto Silva (en su calidad de propietario del establecimiento comercial denominado "Droguería Santa Fe de Arauca"), instauró demanda contra del Instituto de los Seguros Sociales *"en ejercicio de la acción contractual"*, solicitando se *"reconozca liquide y cancele actualizadamente el valor total de los intereses y el saldo del valor histórico actualizado originados por el suministro de medicamentos a los usuarios del I.S.S., en Arauca"*.

De los extremos del caso, se advirtió que el encargo fue efectuado *"sin que hubiere mediado contrato escrito u orden de suministro formal por parte de la entidad estatal"*.

---

[992] Sentencia del Tribunal Supremo español del 21 de marzo de 1991 (S.T.S. 1731/1991).

[993] C.S.J.N., "Administración General de Transportes de Buenos Aires", Fallos 251:150 (1961).

[994] Sentencia del Tribunal Supremo español del 20 de enero de 1971.

[995] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Droguería Santa Fe de Arauca" (N° 07001-23-31-000-1997-00705-01[15662]), 29.01.2009.

En tal sentido, la Sala interviniente manifestó que *"debe entenderse que la acción ejercitada por el actor es la de in rem verso, en tanto que no es posible discutir, por vía de la acción contractual, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando no existiere de por medio un contrato en los términos previstos por la ley contractual, es decir, cuando su fuente no es contractual. Con fundamento en el principio "iura novit curia" - exponed el hecho que el juez conoce el derecho-, el juez está facultado para interpretar si la acción es o no de naturaleza contractual, respetando la causa petendi, con el fin de que la inadecuada escogencia de la acción por parte del actor no constituya impedimento para emitir un fallo de fondo. Asumir una posición contraria sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 288 superior, en virtud del cual el juzgador está en el deber de interpretar la demanda, establecer la materia del litigio, con prescindencia de la forma"*.

Esta justificación deviene imprescindible para el razonamiento de nuestra tesis, pues en Colombia la observancia del elemento "forma" en los contratos administrativos es esencial *"para que el contrato exista y produzca plenos efectos jurídicos, en otras palabras, la instrumentación escrita en los contratos celebrados por el Estado tiene un valor "ad solemnitaten" es decir, constituye una formalidad "ad substantiam actus". (...). De lo anterior se infiere que si no ha mediado contrato firmado por las partes o no hay una orden escrita emanada de la Administración para que el contratista ejecute determinadas obligaciones, en manera alguna podría sostenerse que hubo un contrato estatal, dada la solemnidad que la ley impone para que este tipo de negocios jurídicos puedan nacer a la vida jurídica, esto es, para que alcancen su perfeccionamiento o existencia, de tal suerte que si no se ha cumplido con este elemento esencial, el contrato es inexistente"*[996].

En otras oportunidades se admitió también la aplicación oficiosa de la figura, detallando que *"muestran los hechos narrados en el libelo inicial que la acción instaurada es de aquellas que no permiten su encasillamiento preciso en una de las acciones típicas consagradas en los artículos 86 y 87 del c.c.a., porque, en el fondo, presentan características tanto de una controversia contractual como de una de reparación directa y, precisamente, lo precontractual muestra ordinariamente esa dificultad. Mientras un sector de la doctrina afirma que su manejo debe hacerse extracontractualmente, por no existir precisamente el contrato que le de origen al conflicto; otro considera que, dada la operación seguida por la administración para escoger al contratista dentro de unas bases acordadas y para lograr el convenio, el*

[996] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Edgardo Borelly u cia. LTDA." (N° 7507), 17.06.1994.

debate no podrá deslindarse de lo contractual y con su orientación deberá medirse. Sea de ello lo que fuere, esta sala ha tenido oportunidad, gracias a sus poderes de interpretación, de estimar en casos similares, que la terminología utilizada en la demanda por sí sola no es suficiente para definir, con efectos decisorios, la acción propuesta. En otras palabras y gracias a la aplicación del principio "iura novit curia", los hechos narrados son los que, en definitiva, permitirán estimar cual fue la acción propuesta y cuándo es apta o no una demanda"[997]; o bien que *"[a]unque el actor haya señalado en la demanda que la acción intentada es la contractual, la Sala al interpretar la demanda deduce que no puede ser esa acción por cuanto no se perfeccionó el contrato que le permitiría, sino que se trata de una acción de reparación directa por enriquecimiento sin causa de la administración como el consecuencial empobrecimiento del demandante, por cuanto se pretende el pago de una obra realizada por el actor y no pagada por la administración, que no tiene respaldo en un contrato"*[998].

Bajo este enfoque, queda claro que la jurisprudencia colombiana admite, pese a la inexistencia de contrato, que la Judicatura -bajo el aforismo del *iura novit cuira*- examine el detrimento económico de oficio, pero reconociendo que *"estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó"*[999].

Lo interesante de la jurisprudencia colombiana es que admite la procedencia de la figura, bajo los contornos pretendidos en esta investigación, en la medida que se verifiquen alguno de los siguientes supuestos[1000]: (a) cuando se acredite de manera fehaciente y evidente que *"fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo"*; (b) en los que resulte *"urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud"*, y (c) en los que *"debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia*

[997] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Droguería Santa Fe de Arauca" (N° 07001-23-31-000-1997-00705-01[15662]), 29.01.2009.
[998] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Francisco Perez Rojas" (N° 8729), 18.04.1994.
[999] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Hospital Regional II Nivel de Sincelejo" (N° 70001-23-31-000-2001-00670-02[38724]), 20.02.2017.
[1000] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Parqueaderos Los Arias Limitada" (N° 25000-23-26-000-2003-01334-01[36318]), 07.09.2015.

manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno".

Caso contrario, el Consejo de Estado colombiano desestima toda aplicación de la figura del enriquecimiento injusto, con especial énfasis en la teoría de la inexistencia. En efecto, se ha expresado que:

> *"El demandante reclama derechos económicos derivados de contratos que nunca existieron por haberse omitido la solemnidad que la ley imperativamente exige para su formación o perfeccionamiento, lo que en otros términos significa que si no existieron los contratos tampoco se produjeron los efectos que les serían propios y por ende nada puede reclamarse con base en lo inexistente. Pero además el enriquecimiento sin causa no puede ser admitido en este caso porque se trata de un evento en que con él se está pretendiendo desconocer el cumplimiento de una norma imperativa como lo es aquella que exige que los contratos estatales se celebren por escrito, agotando desde luego los procedimientos de selección previstos en la ley. En efecto, el sustento de las pretensiones está precisamente en que se realizaron obras sin contrato alguno o, lo que es lo mismo, inobservando los mandatos imperativos de la ley, razón por la cual la transgresión de ésta no puede traerse ahora como una causa para reclamar. Admitir lo contrario argumentando la buena fe subjetiva del demandante significaría hacer prevalecer el interés individual de éste sobre el interés general que envuelve el mandato imperativo de la ley que exige el escrito para perfeccionar el contrato estatal, no debemos olvidar que el contrato se rige bajo el principio de la buena fe objetiva que implica la sujeción a todos los principios y valores propios del ordenamiento jurídico, tal como atrás se expresó. Ahora como el asunto que aquí se debate no se encuentra en ninguno de los casos excepcionales que esta providencia mencionó, ya que no hay medio probatorio que así lo demuestre, es evidente que el reconocimiento del enriquecimiento sin causa no resultaba procedente en este caso. En efecto, no aparece probanza alguna que enseñe que la administración constriñó o impuso al contratista la ejecución de esas obras adicionales para que ahora con fundamento en esto pueda admitirse el enriquecimiento sin causa por quedar comprendida la situación dentro de ese caso excepcional. Tampoco aparece rastro probatorio alguno que indique que se trata de aquellos otros dos casos de excepción en los que está envuelta la protección al derecho a la salud o la urgencia manifiesta con las condiciones que esta providencia exige"*[1001].

I.4. Ciertas normas procesales argentinas habilitan a la Judicatura a matizar el principio procesal de congruencia

Sin perjuicio de lo expuesto, podemos encontrar múltiples ejemplos que se desarrollan en la práctica jurisdiccional argentina en materia de declaraciones de oficio.

[1001] Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, "Manuel Ricardo Perez Posada" (N° 73001-23-31-000-2000-03075-01[24897]), 19.11.2012.

Posiblemente el más claro de ellos resulta el reconocimiento expreso que efectúa la Corte Suprema argentina sobre el control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio de las leyes[1002], sin necesidad de petición expresa de parte interesada. Mediante este silogismo, se habilita al Tribunal para suplir el derecho no invocado o invocado erróneamente, producto del deber de mantener la supremacía constitucional o convencional.

Sin perjuicio de ello, advertimos también que numerosas normas jurídicas prevén -en el sistema argentino- determinadas excepciones de manera expresa al principio procesal de congruencia[1003]. A modo ejemplificativo -sumado a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de oficio de las leyes- podemos mencionar a: (i) las excepciones previstas en el artículo 96 -tercer párrafo- del Código Procesal Civil y Comercial argentino, en cuanto permite ejecutar la sentencia contra un tercero de intervención provocada (es decir, a un sujeto que no fue demandado por el actor), siempre que no se invoquen restricciones en el trámite al ejercicio de la defensa por parte del tercero citado; (ii) los extremos del artículo 204 del mencionado Código, en la medida que permite al Juez disponer una medida cautelar distinta a la solicitada por la parte requirente, en tanto garantice el derecho de la parte actora, sin causar perjuicio innecesario al afectado por la medida; (iii) trasladándonos al campo del Derecho concursal, destacamos los postulados del actual artículo 52 de la Ley argentina Nº 24.522, en cuanto permiten al Juez, una vez acreditados ciertos requisitos, homologar una propuesta concursal no aceptada por las mayorías necesarias, importando el sometimiento de todo el frente acreedor (donde tranquilamente podrían ubicarse diversos entes estatales) a la totalidad del acuerdo, y (iv) la posibilidad prevista por el artículo 387 del Código Civil y Comercial argentino, al facultar al Juez de la causa para declarar, aun sin mediar petición de parte, la nulidad absoluta de un acto jurídico privado que contravenga el orden público, la moral o las buenas costumbres, de modo manifiesta al momento de dictar sentencia[1004].

Reconocemos diferencias sustanciales entre tales ejemplos con relación a la materia propia de nuestro objeto de estudio, pero no se nos escapa que las normas enunciadas habilitan a los Tribunales de Justicia a decidir sobre el fondo del caso concreto, independientemente de lo requerido, aducido y demostrado por las partes, mediante la aplicación del Derecho vigente y del uso de la sana crítica racional.

I.5. Nuestra postura

[1002] C.S.J.N., "Mill de Pereyra", Fallos 324:3219 (2001); "Banco Comercial de Finanzas", Fallos 327:3117" (2004), "Rodríguez Pereyra", Fallos 335:2333 (2012).

[1003] DE LOS SANTOS, Mabel, *La flexibilización de la congruencia*, La Ley, Suplemento Especial de Cuestiones Procesales Modernas, Buenos Aires, 2005, p. 80.

[1004] A modo de ejemplo, podemos citar el precedente "Chubut", en el cual la Corte argentina aplicó los lineamientos del antiguo Código Civil (C.S.J.N., "Chubut", Fallos 324:4199, 2011).

Acorde a tales consideraciones, advertimos que el principio procesal de congruencia no resulta inflexible y que el Tribunal interviniente, bajo los hechos jurídicamente relevantes que manifiesten las partes litigantes, se encuentra facultado para aplicar lo que jurídicamente corresponda, en búsqueda de la justicia del caso, como instancia de valoración del Derecho[1005].

Es por ello que concebimos que la aplicación oficiosa de la teoría del enriquecimiento injusto, bajo determinados recaudos puntuales, resulta jurídicamente viable o acorde a Derecho, siempre y cuando su sustanciación se vincule a los elementos fácticos acreditados en el caso. Ante una pretensión procesal prestacional (es decir, ni constitutiva, ni declarativa), se insta judicialmente la consecución de una prestación, o -para ser más específicos- una prestación de reconocer y de dar sumas de dinero, que podrán oscilar en más (valor pretendido por un supuesto acuerdo contractual), o en menos (remitiéndose al enriquecimiento injusto evidenciado en el caso), pero en el marco de un mismo requerimiento como pretensión: el pago de una suma de dinero por las prestaciones realizadas y recepcionadas útilmente por la Administración.

En cuanto a la aplicación de oficio de la figura del enriquecimiento injusto, dependerá tanto del encuadre de la pretensión esgrimida por la parte actora, como de la acreditación de una situación fáctica determinada, y -ante la existencia de una serie de presupuestos necesarios- *"[h]a de cuidarse de que aquello que se ofrece como cambio del punto de vista jurídico no afecte al fundamento de la pretensión por consistir en cambio o alteración del particular aspecto bajo el que se hayan dejado invocadas las ocurrencias en que aquel fundamento consiste, mutación que no sería procesalmente lícita porque conllevaría cambio de la pretensión y arrastraría a la indefensión de la parte adversa. En el caso la demandante dedujo demanda de enriquecimiento injusto y no la aquiliana que ahora quiere se juzgue existiendo entre ambas notables diferencias"*[1006].

En cuanto a la cuantificación del enriquecimiento injusto, podemos aseverar que, aún en el caso de que sólo se puedan acreditar las facturas impagas libradas por el contratista, nada obsta a que el Tribunal difiera su determinación a una posterior etapa de ejecución de sentencia (dado que el valor de las facturas no puede ser abonado en su totalidad, como si tratara de un contrato perfeccionado en debida forma)[1007].

¿Qué pretendemos abordar mediante la exposición realizada?

[1005] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997, p. 71.

[1006] Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, del 05 de octubre de 1985 (S.T.S. 495/1985).

[1007] VERBIC, Francisco y CERVELLINI, Mariano, *A propósito del caso "Steciow". Prestaciones sin amparo contractual: causas, evolución jurisprudencial, problemas procesales y posibles soluciones*, ob. cit., p. 121.

Si entendemos que una vez deducida la pretensión en el proceso (citamos, a modo de ejemplo, la de cobro de pesos por incumplimiento contractual) quedan automáticamente fijados los márgenes del debate para las partes, no podrá alterarse lo pretendido so pena de desviación procesal, quedando -como regla general- predeterminado el alcance de la futura sentencia, al estar vinculado el órgano juzgador por el deber de congruencia con el objeto del proceso, en la medida que la Judicatura federal argentina se encuentra -en principio- imposibilitada de pronunciarse sobre una cuestión que no haya sido planteada en el litigio, pues el ordenamiento procesal así lo establece, a la luz del artículo 277 del Código Procesal Civil y Comercial[1008].

Tal conclusión, que a modo de regla general deviene lógica y razonable, debe presentar un acotado (pero necesario) margen de modulación frente a casos excepcionales. A título meramente ejemplificativo, citamos el precedente "Carl Chung Ching Kao", desarrollado en el capítulo quinto de esta investigación.

Por ello, concebimos en que no basta en indagar la naturaleza de la pretensión, sino que es necesario examinar su origen y el contexto o las particularidades del caso, cotejando las conductas de las partes, especialmente a tenor de los extremos de las actuaciones administrativas aportadas a la causa judicial. No sobre la base exclusivamente de los términos formales de la demanda, sino con relación a la efectiva substancia del litigio, por cuanto más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales, es imperioso considerar la realidad jurídica de cada caso particular.

En concreto, inferimos que la pretensión propia del enriquecimiento, por más que evidencia una estructura compleja y diferente a la del incumplimiento contractual, puede vincularse a esta última ante una misma situación fáctica, al evidenciarse un desequilibrio patrimonial incausado *"constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración"*[1009].

II.- <u>SEGUNDO ESCOLLO: EL DERECHO DE DEFENSA</u>

Evacuada esta primera cuestión, corresponde adentrarnos en la incógnita de si la aplicación oficiosa del enriquecimiento sin causa vulnera el derecho de defensa en juicio, consagrado constitucionalmente y, por tanto, de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones[1010].

[1008] *"El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores sentencia de primera instancia"*.

[1009] Sentencia del Tribunal Supremo español del 05 de julio de 2016 (S.T.S. 3285/2016).

[1010] C.S.J.N., "Castro Veneroso", Fallos 324:3593 (2001).

Si bien se ha indicado que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, consideramos que al invocar la afectación al derecho de defensa cuando el Tribunal aplica la teoría del enriquecimiento sin causa se generaría un contrasentido en relación a los poderes de la Judicatura, puesto que si bien el órgano juzgador se encuentra habilitado para tener en cuenta hechos no afirmados por las partes, no ocurre lo mismo con la determinación de las normas aplicables, ya que debe atenerse al conocimiento del orden jurídico vigente[1011], determinándose que *"la decisión del juicio por razones distintas a las aducidas por las partes -cuando éstas han sido oídas- no constituye violación de la defensa en juicio desde que sólo importa el ejercicio judicial de la facultad de suplir el derecho, pues el principio iura novit curia permite al juzgador actuar con independencia de las partes en la calificación de la acción, relación sustancial y la determinación de la norma aplicable en la actuación del derecho"* [1012].

En relación a la declaración de oficio de inconstitucionalidad de las leyes, la propia Corte Suprema de Justicia argentina ha consagrado que *"no lesiona el derecho de defensa en juicio, pues lo contrario conduciría a descalificar toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes so pretexto de no haber podido expedirse sobre su aplicación al caso concreto"*[1013]. Vinculemos dicha cuestión con la reciente Ley Nº 26.994, la cual aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia a partir del 1º de enero de 2016, donde expresamente se consigna, en el artículo 1794[1014] de dicho cuerpo orgánico, la figura jurídica del enriquecimiento injusto.

Por nuestra parte, entendemos que, además de las consideraciones vertidas anteriormente, frente a la aplicación de oficio del enriquecimiento injusto, no se vulneraría el derecho de defensa en juicio del ente estatal, siempre y cuando del proceso suscitado surjan cada uno de los recaudos propios de la figura del enriquecimiento, es decir: empobrecimiento de la parte actora; enriquecimiento del Estado (evidenciado en la utilidad de la prestación necesaria realizada), relación de causalidad adecuada y ausencia de causa justificante.

[1011] COVIELLO, Pedro, *Dos pronunciamientos de la Corte Suprema relacionados con el enriquecimiento sin causa en la contratación pública*, ob. cit., p. 10.

[1012] C.N.A.Civ., Sala A, "Bruschi de Cerratelli", 13/05/1975, El Derecho, Tomo 68, Buenos Aires, 1976, p. 159; BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, ob. cit., p. 48.

[1013] C.S.J.N., "Mill de Pereyra", Fallos 324:3219 (2001).

[1014] *"Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda".*

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde ahora dilucidar una cuestión sumamente relevante. Independientemente de la pretensión que la parte actora articule al momento de interponer la demanda contenciosa, sea por incumplimiento invocando o no de modo subsidiario la figura del enriquecimiento injusto, en todos los casos existiría homogeneidad en cuanto a la exposición de los hechos, por lo que la Administración demandada tendría oportunidad necesaria para expedirse al contestar su demanda sobre los extremos fácticos esgrimidos por la parte accionante. La diferencia solamente se enmarcaría en el alcance de la acción y la pretensión articulada.

Por otro lado, no resulta menor el supuesto de que la Administración demandada, frente a una sentencia desfavorable que reconozca de oficio la procedencia del enriquecimiento injusto, siempre podrá recurrir a la instancia de revisión por el tribunal de apelación que corresponda.

En razón de estas consideraciones, si bien concebimos al pleito como un proceso dialéctico, bajo una razonable distribución de oportunidades, en el que se procura llegar a la verdad por la exposición de una tesis, de una antítesis y de la síntesis del caso[1015], pretendemos exteriorizar que -de la promoción de una única exposición fáctica- puedan inferirse diferentes variantes vinculadas a la pretensión articulada, sin que ello importe una vulneración al principio constitucional de defensa en juicio. Por ello, entendemos que no cabe hacer alusión al término *indefensión* en aquellos supuestos en que se denote un comportamiento omisivo estatal durante la instancia administrativa previa a la demanda judicial, tal como hemos detallado en el capítulo anterior.

Por lo expuesto, concebimos que -en determinados casos puntuales- la aplicación oficiosa del enriquecimiento injusto en sede judicial no conllevaría una vulneración a los postulados del artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que el ente estatal demandado cuenta con las instancias y los medios procesales suficientes para rebatir y probar los hechos expuestos por la parte actora.

Cuanto menos, estimamos que el Tribunal interviniente debería -ante la interposición de una acción por incumplimiento contractual, donde se advierta la posible existencia de vicios en el acuerdo invocado- modificar la denominación o calificación *nomen iuris* de la pretensión, resaltando los hechos fundamentales que integran la pretensión, en vista del principio de la sustanciación[1016], o bien, reconducir la acción por vía de la *actio in rem verso*, al contar con la facultad de reencauzar el proceso, y así ordenar el respectivo traslado previo a las partes intervinientes, a fin de garantizar el principio de defensa en juicio, otorgándole al actor la posibilidad de reconducir su pretensión.

[1015] COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, ob. cit., p. 181.
[1016] FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, ob. cit., p. 632.

Tal cuestión se encuentra consagrada normativamente en el sistema español, donde el párrafo 2 del artículo 33 de la Ley N° 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en tanto dispone que *"[s] i el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo"*, promoviendo el principio de actuación de oficio del juez a los efectos de consolidar mayor objetividad de justicia.

Dicha alternativa procesal luce como acertada, especialmente si se configuró el silencio en la vía reclamativa tras la interposición del debido reclamo administrativo previo por falta de pago, tras la materialización y recepción de los encargos.

Todo ello permitiría modular la pertinencia de nuestra excepcional hipótesis de trabajo.

Somos de la idea que estas consideraciones previstas en el régimen ibérico resultan de suma relevancia, no a los fines de trasladar y reproducir directamente en nuestro sistema nacional, pero sí para efectuar comparaciones prudentes, concibiendo que pueden analizase diversas aristas de categorías jurídicas de ordenamientos foráneos, para así perfeccionar los criterios aplicables en el país.

Sin embargo, somos conscientes que la Corte Suprema de Justicia argentina considera que tal posibilidad conllevaría presidencia del Tribunal interviniente de *"tratar argumentos conducentes para desestimar la pretensión esgrimida en la demanda, así como de aplicar las normas de derecho administrativo referentes a la supuesta contratación invocada por el comerciante, con grave afectación al derecho de defensa en juicio"* [1017], promoviendo el criterio sentado en "Ingeniería Omega", por el cual no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo aplicable para su formación.

Empero, pese a este criterio jurisprudencial, entendemos que dicho razonamiento podría atemperarse en casos muy puntuales, a tenor de las manifestaciones expuestas a lo largo de este humilde trabajo.

Especialmente si se vinculan los hechos del caso con el principio de la verdad jurídica objetiva.

[1017] C.S.J.N., "Langer y Compañía S.R.L.", Fallos 329:5615 (2006).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha establecido en numerosos pronunciamientos la necesidad de atender el principio aludido[1018]. Así, ha expresado la *"necesidad de afirmar el valor jurídico y objetivo constitucional de afianzar justicia, a través de una decisión que conduzca a consagrar la verdad sustancial y al reconocimiento de los derechos que surgen evidenciados de las constancias del proceso"*[1019], señalando que la *"interpretación de dispositivos procesales no pueden prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se vea turbado por un excesivo rigor formal, incompatible con un adecuado servicio de justicia"*[1020].

Frente a tales extremos, sumado a las argumentaciones vertidas en relación al principio de congruencia y al derecho de defensa, encontramos sólidos fundamentos capaces de respaldar la hipótesis formulada a modo de excepción ante la regla general sostenida por la Corte argentina, a partir del precedente "Ingeniería Omega S.A.".

Justamente, entendemos que, acreditadas la existencia de determinados recaudos puntuales, frente a la existencia de un conflicto o una causa judicial promovida, la Judicatura competente se encuentra habilitada para conocer en la controversia y ejercer allí, incluso, el control *ex officio*[1021]. Especialmente en asuntos intrínsecamente vinculados a prestaciones efectuadas por particulares que tiendan a salvaguardar derechos fundamentales de sectores de la comunidad.

[1018] DANAS, Andrea, "El deber judicial de declarar de oficio la invalidez del acto administrativo nulo", en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 160.
[1019] C.S.J.N., "El Soberbio S.A.", Fallos 327:2321 (2004).
[1020] C.S.J.N., "Gozza.", Fallos 327:315 (2004); "Trujillo", A.180.XLVI (2013).
[1021] CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, ob. cit., p. 329.

CONCLUSIONES

Del análisis efectuado en los capítulos precedentes, podemos extraer diversas conclusiones.

I.- En torno al enriquecimiento injusto:

I.1.- El enriquecimiento sin causa -entendido como el desplazamiento de todo bien o valor del patrimonio de una persona al patrimonio de otra, sin que exista un título o causa jurídica que lo justifique- constituye un verdadero principio general del Derecho, que se ha ido sedimentando en el sistema argentino hasta ser receptado expresamente por la normativa vigente, permitiendo -sin más- afirmar su vigencia como una institución autónoma, dotada de connotaciones singulares. Fundamentándose principalmente en las nociones de justicia y equidad.

I.2.- Tanto la doctrina como la jurisprudencia iberoamericana son contestes en admitir la procedencia del enriquecimiento sin causa en el campo del Derecho Administrativo, incluso en materia de contratos. Pero resaltando ciertos matices propios en la figura, a tenor de las peculiaridades de nuestra disciplina. En especial, la utilidad pública de la prestación efectuada por el particular en beneficio del interés general.

II. En torno al régimen de invalidez contractual en el sistema argentino, a la luz de la normativa vigente y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

II.1. Los elementos "forma" y "procedimiento" revisten el carácter de requisitos o componentes constitutivos del acuerdo administrativo. Por lo que su omisión comporta -lógica y necesariamente- el desconocimiento de una disposición imperativa de orden público (y, por lo tanto, no disponible para las partes).

II.2. La normativa federal argentina establece que, ante la ausencia de alguno de los elementos esenciales del acuerdo, o frente a la existencia de vicios graves en ellos, corresponde la declaración de la nulidad del contrato, de manera absoluta e insanable. En idéntico sentido se expiden diversos regímenes iberoamericanos (España, Brasil, Costa Rica, Perú, Uruguay, entre otros).

II.3. La teoría de la inexistencia contractual configura una categoría ajena al régimen legal de invalidez del obrar administrativo federal argentino, evidenciándose como una creación pretoriana *contra legem* a partir de determinados precedentes del Alto Tribunal federal argentino (de manera similar a lo que acontece en el Derecho colombiano, a partir de la jurisprudencia de su Consejo de Estado), que no admite ninguna sincronización con los postulados de la Ley N° 19.549.

II.4. La Corte Suprema argentina ha convalidado -pese al criterio del legislador- que ante la omisión o vicio grave en los elementos "forma" o "procedimiento" del contrato administrativo debe declararse la inexistencia jurídica del acuerdo. En tal

sentido, dicho Tribunal, si bien admite la procedencia del enriquecimiento sin causa contra el Estado en ejercicio de función materialmente administrativa, limita su aplicación sólo en la medida en que el contratista particular expresamente invoque la figura al momento de incoarse la demanda y acredite -en la etapa procesal oportuna- tanto: (i) el enriquecimiento estatal, (ii) el empobrecimiento del particular, (iii) una relación de causalidad adecuada, y finalmente, (iv) la ausencia de toda causa justificante. En consecuencia, no admite el reconocimiento oficioso del enriquecimiento fundado en el principio del *iura novit curia*.

III. Posibilidad de aplicar oficiosamente la figura del enriquecimiento injusto

III.1. Empero, sin perjuicio del criterio sostenido por el Alto Tribunal federal argentino, excepcionalmente resultaría jurídicamente admisible la declaración oficiosa de la responsabilidad patrimonial del Estado por enriquecimiento sin causa, tanto en sede administrativa (resultando conveniente que los sistemas iberoamericanos cuenten con pautas normativas específicas que detallen los recaudos sustanciales y procedimentales para su aplicación), como en instancia judicial. O -cuanto menos- podría posibilitarse a la parte accionante para que readecue su pretensión durante la sustanciación del trámite respectivo.

III.2. Como recaudos puntuales para su aplicación oficiosa (especialmente en sede judicial) identificamos a: (i) la concretización efectiva de determinados trabajos (sea entrega de bienes, realización de tareas, prestación de servicios, etc.); (ii) que no se demuestre la mala fe del particular, o -en otras palabras- que no se acredite que el empobrecido conocía los vicios que promueven la ilegitimidad del acuerdo; (iii) una verosimilitud de legitimidad en la contratación a los ojos del particular (especialmente en materia de urgencia); (iv) el ejercicio de determinadas prerrogativas estatales contractuales; (v) la recepción de los trabajos por parte del Estado y posteriores omisiones (entre ellas, la falta de pago de los encargos); (vi) demostrada utilidad de tales trabajos para un sector de la comunidad (con especial vinculación a derechos fundamentales, como por ejemplo- el derecho a la salud: prestación de medicamentos, alimentos o insumos médicos, realización de intervenciones quirúrgicas, etc.); y (vii) la interposición de un reclamo administrativo previo por parte del particular por omisión estatal y la configuración del silencio administrativo que motiva la interposición de posterior acción judicial, frente a una de estas cuatro situaciones: (i) en el marco de un acuerdo concertado sin cumplimentar los procedimientos establecidos normativamente (incluyendo los requisitos presupuestarios que permitan o habiliten su concertación) o bien, que el mismo haya sido adjudicado por un órgano incompetente o, en su caso, una persona sin capacidad para vincular a la Administración (y tal cuestión no pueda ser subsanada); (ii) se alegan causales de excepción a los procedimientos previstos sin que

se cumplimenten tales supuestos, o sin siquiera materializar los procedimientos especiales establecidos a tales fines; (iii) se continúan con las prestaciones de un acuerdo ya vencido; o (iv) se materializan prestaciones superiores a las previstas en un acuerdo legítimamente perfeccionado, ya sea por causas sobrevinientes o atendiendo a un ejercicio incorrecto del *ius variandi*.

III.3. Atento a que la causa o título de la pretensión judicial consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual la parte requirente asigna una determinada consecuencia jurídica, los principios del *iura novit curia* y del *da mihi factum, dabo tibi ius* permiten que el Tribunal interviniente -aun en el caso de que el particular fundamente su acción por incumplimiento contractual- ordene al Estado a cumplir con la obligación de restitución por enriquecimiento sin causa, ante la comprobación de los recaudos detallados precedentemente. Ello no implica una violación al principio procesal de congruencia ni al derecho de defensa del ente estatal demandado. Ni genera una afectación del interés público.

III.4. Debe aplicarse -como regla general- la doctrina moralizadora que sustenta el Máximo Tribunal federal, orientada a desalentar la realización de aquellas contrataciones fuera de la legalidad; pero reconociendo, ante situaciones muy puntuales y a modo de excepción, la viabilidad de nuestra hipótesis de trabajo (tal como reconoce la jurisprudencia en determinados sistemas iberoamericanos, en países como España o Colombia).

IV. Reflexiones finales

Por lo argumentado a lo largo del presente trabajo, podemos afirmar que la tesis propugnada al inicio resulta corroborada, por lo que no existe óbice jurídico alguno para que -bajo la acreditación de determinados recaudos, y en aras al sistema garantístico propio de nuestra disciplina jurídica- el Poder Judicial aplique excepcionalmente de oficio la teoría del enriquecimiento sin causa en aquellas causas que se susciten en el marco de contrataciones administrativas celebradas ilegítimamente.

Ello, con la salvedad de que persista el criterio de inexistencia contractual ventilado por nuestro Máximo Tribunal federal. Expresamos esto pues -de aplicarse lisa y llanamente legislación federal argentina- nuestra hipótesis de trabajo no tendrá razón de ser y las líneas generales construidas en el presente trabajo resultarían -en parte- obsoletas, habida cuenta que la interdicción de todo enriquecimiento injusto se materializaría al retrotraer las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad al desplazamiento patrimonial.

Sin embargo, atento al criterio sostenido por nuestro Máximo Tribunal federal a partir del precedente “Ingeniería Omega S.A.”, resulta necesario el abordaje de la temática con otros alcances. Citando a Mairal, vale precisar que *“los fallos de la Corte Suprema norteamericana que rechazan la aplicación del estoppel contra el gobierno*

federal "tienen toda la belleza de la lógica y toda la fealdad de la injusticia". Lo mismo podríamos decir de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema que rechaza las acciones contra el Estado promovidas por los contratistas que, obrando de buena fe, han cumplido su prestación, basándose en la inexistencia del contrato a raíz de los vicios incurridos en el procedimiento de contratación"[1022].

Entendemos perfectamente las razones por la cuales el Alto Tribunal argentino insertó la tendencia de la inexistencia contractual, con el loable objetivo de lograr un claro efecto disuasivo para la comisión de maniobras irregulares en materia contractual; pero esta tentativa de moralización no siempre satisface las necesidades de la seguridad jurídica, entendida en términos de previsibilidad. En rigor, la seguridad jurídica requiere soluciones probables, no necesarias como las de los saberes teóricos; y el Poder Judicial debe concretar prudentemente los postulados de Justicia en todos los casos traídos a su conocimiento y decisión en razón del ordenamiento aplicable, emitiendo un juicio práctico acerca de cuál es la solución concreta que en mayor medida contempla las razones de bien particular y de bien común en el caso singular[1023].

Al respecto, es dable advertir que el problema -en sí- no se subsume a la teoría jurídica de la inexistencia contractual (independientemente de no coligarse con el sistema positivo), sino a la consecuencia práctica que puede evidenciarse en determinados casos puntuales, al consolidarse situaciones injustas.

Por ende, si bien consideramos aplicable -frente a los actos que carecen de elementos esenciales, o se exhiben gravemente viciados- el régimen de nulidades instaurado en nuestro sistema positivo, razonamos que la teoría de la inexistencia contractual, en caso de ser aplicada por los Tribunales judiciales, no debe operar de un modo rígido, impermeable o taxativo, sino -cuanto más- a modo de regla general, admitiendo puntuales excepciones en razón de las reflexiones esbozadas a lo largo del presente trabajo.

En tal sentido, y en virtud de las consideraciones efectuadas, anhelamos que en futuros precedentes jurisprudenciales la *lógica* de los criterios interpretativos que adopte la Judicatura se adecúe a los principios de *justicia*, conciliando razonamientos unívocos en materia de contrataciones administrativas. Ello, con fundamento en la premisa cardinal por la cual el fin del Estado consiste en *"la realización de la justicia"*[1024].

Para concluir, unas últimas reflexiones.

[1022] MAIRAL, Héctor Aquiles, "¿Uno o dos derechos Administrativos?", en GORDILLO, Agustín (director), *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 139.

[1023] SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Sobre los contratos de la Administración, la ideología de la seguridad jurídica, la huída de aquéllos y la artesanía jurídica", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 52 - 53.

[1024] CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, ob. cit., p. 22.

En el extenso ámbito del Derecho Administrativo, las técnicas jurídicas perviven o quedan arrumbadas en el desván como un mero recuerdo no por el rigor científico que contengan, sino por la eficacia social que demuestren[1025]. Las unidades elementales de la vida jurídica no resultan exclusivamente las normas, sino también las instituciones concebidas como regímenes orgánicos de las relaciones sociales, las cuales responden prioritariamente a los principios generales del Derecho[1026]. Incluyendo de este modo al enriquecimiento sin causa, pues *"[l]a generalización de la contratación pública, cada día más extendida, al compás del desarrollo del Derecho administrativo y de la ampliación de su competencia ha de dar lugar a la aparición de casos en que entre en juego el enriquecimiento sin causa"*[1027].

Entendemos que esta idea resulta plenamente trasladable a todos los sistemas jurídicos iberoamericanos, por lo que sería conveniente -como propuesta *de lege ferenda*- su regulación normativa tendente a futuros reconocimientos (especialmente en sede administrativa) pero con límites -a modo de recaudos- bien identificados.

[1025] GRECCO, Carlos, "Sobre el silencio de la Administración", en GRECCO, Carlos y MUÑOZ, Guillermo, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 275.
[1026] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, ps. 104 - 105.
[1027] DE JANER Y DURAN, Enrique, *El enriquecimiento sin causa. Origen de instituciones administrativas*, ob. cit., ps. 103 - 104.

BIBLIOGRAFÍA

ÁBALOS GOROSTIAGA, Raúl, *El contrato administrativo inexistente. Precisiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2010.

ABREVAYA, Alejandra Débora, *Responsabilidad civil del Estado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Contratación administrativa y financiamiento", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970.

ALTAMIRA GIGENA, Julio, *Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1972.

ALTERINI, Atilio, ÁMELA, José y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, 1993.

ARANA GARCÍA, Estanislao, CASTILLO BLANCO, Federico, TORRES LÓPEZ, María Asunción, VILLALBA PÉREZ, Francisca, *Nociones básicas de contratación pública*, Tecnos, Madrid, 2014.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *El enigma del contrato administrativo*, Revista de Administración Pública, Nº 172, Madrid, 2007.

- *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 2002.
- *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2007.

- *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1995.

AUBRY, Charles y RAU, Charles, *Cours de droit civil français*, Bartin, Paris, 1917.

- *Cours de droit français d´après la méthode de Zachariae*, Marchal, Billard & Cie, Paris, 1872.

AYMERICH CANO, Carlos, "Crisis económica y contratación pública", en PERNAS GARCÍA, Juan José (director), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, "El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

BARRA, Rodolfo Carlos, *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*, Astrea, Buenos Aires, 2018.

- *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Ábaco, Buenos Aires, 1989.
- *Contrato de obra pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- *Enriquecimiento sin causa y contrato administrativo*, El Derecho, Tomo 109, Buenos Aires, 1984.
- *Principios de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

BAYLE, Gabriel, *L´Enrichissement sans cause en Droit Administratif*, Librairle générale de droit et de jurisprudence, París, 1973.

BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

BELLUSCIO, Augusto (director) y ZANNONI, Eduardo (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias*, Tomo V, Astrea, Buenos Aires, 2007.

BENAVIDES, José Luis, *Enriquecimiento sin causa y contratos públicos*, EDA Nº 13.513, Buenos Aires, 2014.

BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

BEZZI, Osvaldo Héctor, "La teoría del contrato administrativo y el Derecho Administrativo. Su relación con el acto administrativo. Algunas consideraciones generales acerca de sus elementos, en particular, la teoría de la causa" en HUTCHINSON, Tomás (director), *Contratista del Estado, Procedimientos de selección (segunda parte), Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

BIANCHI, Alberto, *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos) – Primera Parte*, El Derecho, Tomo 184, Buenos Aires, 1999.

BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2017.

- *Principios de Derecho Administrativo*, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1949.
- *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Librería Nacional de J. Lajouane, Buenos Aires, 1923.

BOFFI BOGGERO, Luis, *Tratado de las Obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

BOQUERA OLIVER, José María, prólogo a *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, de SEVILLA MERINO, Ignacio, Civitas, Madrid, 1992.

BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Perrot, Buenos Aires, 1996.

BORGES, Jorge Luis, *Obras Completas*, Emecé, Barcelona, 1996.

BUSTELO, Ernesto, *Contrato viciado por omisión a la licitación pública (a propósito de "Cardiocorp")*, La Ley, 2007-D, Buenos Aires, 2007.

CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de Obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

CANDA, Fabián, "El elemento forma en el contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

CANOSA, Armando y MIHURA ESTRADA, Gabriel, *El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1996.

CANOSA, Armando, "La caducidad o rescisión unilateral del contrato administrativo por incumplimiento", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

CAPUTI, María Claudia, *La ética pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2016.

- *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015.
- "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo" en ABERASTURY, Pedro y VIGEVANO, Marta (coordinadores), *Principios generales del derecho, Revista Jurídica de Buenos Aires*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- "La contratación pública", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, Le Ley, Buenos Aires, 2009.
- *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- "Sobre los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en RIVERO YRSEN, Enrique, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (directores), *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano* (actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo), Juan de Castilla y León, Netbiblio, A Coruña, 2008.
- "El contrato administrativo en la actualidad", en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2007.
- "La evolución y vigencia actual del contrato administrativo" en HUTCHINSON, Tomás (director), *Contratista del Estado, Procedimientos de selección (segunda parte)*, Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

- *La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)*, El Derecho, Tomo 181, Buenos Aires, 1999.
- *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, separata de la revista Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998.
- *Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo*, El Derecho, Tomo 180, Buenos Aires, 1998.
- *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- *El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo*, Revista de Derecho Administrativo, Nº 1, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1994.

CELY LEÓN, Jorge, *Enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo: un estudio de derecho comparado desde la perspectiva Perú-Colombia*, Prometheo, Lima, 2019.

CERVELLINI, Mariano Carlos, *La aplicación del enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo con especial referencia a las contrataciones administrativas viciadas de nulidad*, tesina presentada para el título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, inédita, Buenos Aires, 2006.

CHIAPPINI, Julio, *La congruencia procesal salvaguardada por el principio iura novit curiae*, LLBA AR/DOC/3718/2012, Buenos Aires, 2012.

CHIBÁN, Nora, "Aplicación de los principios de buena fe y pacta sunt servanda", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo", en CHINCHILLA MARÍN, Carmen, LOZANO, Blanca y DEL SAZ, Silvia, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992.

CHRISTE, Graciela, "Los poderes de dirección y control de la Administración Pública sobre los contratos administrativos", en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2007.

CLARAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato", en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (coordinador), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

COMADIRA, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Astrea, Buenos Aires, 2019.

COMADIRA, Julio Pablo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019.

- *¿Cuándo el particular "conoce el vicio" del acto administrativo"? A propósito del artículo 18 de la LNPA*, elDial.com, DC20C, Buenos Aires, 2002.

COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

COMADIRA, Julio Rodolfo y MONTI, Laura, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

COMADIRA, Julio Rodolfo, *El acto administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

- *¿Control de constitucionalidad de oficio de las normas? (Un análisis del caso "Mill de Pereyra", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, El Derecho-Administrativo, Buenos Aires, 2001/2002.

- *La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento*, El Derecho, Tomo 177, Buenos Aires, 1998.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2007.

- *Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública 84, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1977.

COUTURE, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1976.

- *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958.

COVIELLO, Pedro, "El enriquecimiento sin causa en la contratación pública", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014.

- *Dos pronunciamientos de la Corte Suprema relacionados con el enriquecimiento sin causa en la contratación pública*, El Derecho 13.437, Buenos Aires, 2014.

- *El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?*, Derecho PUCP, N° 66, Lima, 2011.

- "El criterio determinante del carácter administrativo de los contratos", en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, SANZ RUBIALES, Iñigo y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (directores), *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Cameron Mayltd, Londres, 2008.

- "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

- *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y Derecho comparado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

CUADROS, Oscar, "El Estado y la legalidad convencional" en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014.

- "El contrato interadministrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

CUETO RÚA, Julio, *El common law*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

DANAS, Andrea, "El deber judicial de declarar de oficio la invalidez del acto administrativo nulo", en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1971.

DE JANER Y DURAN, Enrique, *El enriquecimiento sin causa. Origen de instituciones administrativas*, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1955.

DE LA CÁMARA, Manuel y DIEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988.

DE LA RIVA, Ignacio María, *Lo público y lo privado en el Derecho de las Infraestructuras*, La Ley, Buenos Aires, 2018.

DE LAUBADÈRE, André, *Manual de Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá, 1984.

-*Traité des Constrats Administratifs*, Librarie genérale de droit et de jurisprudence, Paris, 1983.

DE LAUBADÈRE, André, VENECIA, Jean-Claude y DE GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administraif*, L.G.D.J., Paris, 1996.

DE LOS SANTOS, Mabel, *La flexibilización de la congruencia*, La Ley, Suplemento Especial de Cuestiones Procesales Modernas, Buenos Aires, 2005.

DE SOLAS RAFECAS, José María, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990.

DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, *Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración local*, Revista de Administración Pública, N° 168 (ISSN: 0034-7639), Madrid, 2005.

DEPETRIS, Carlos Emilio y WAGNER, Claudia, "Ineficacia de los actos jurídicos" en SAUZ, Edgardo Ignacio (director), *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

DÍAZ COUSELO, José María, *Los principios generales del derecho*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

DIEZ-PICAZO, José Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996.

- *La doctrina de los actos propios, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963.

DROMI, Roberto, *Sistema y valores administrativos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.

DRUETTA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

DUBINSKI, Guido y CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo(a la sombra de Ing. Omega)*, La Ley 2010-F, Buenos Aires, 2010.

EIZAGUIRRE, Sandra, *En torno a la controversial figura del legítimo abono*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 484, R.A.P., Buenos Aires, 2019.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín, *Derecho de Obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1944.

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, Revista de Administración Pública Nº 42, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989.

- *Compendio de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

ESCRIBANO COLLADO, Pedro, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho Administrativo*, Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1974.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *Forma y contenido del contrato estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Iura novit curia y aplicación judicial del Derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

FÁBREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, Plaza y Janes, Bogotá, 1996.

FAJARDO GÓMEZ, Mauricio, "Reflexiones en torno a la evolución jurisprudencial de la pretensión de enriquecimiento sin justa causa ("*actio in rem verso*") en el contencioso administrativo colombiano", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de las Contrataciones Públicas*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

FALCÓN, Enrique, *Cómo hacer una demanda*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

FALCONE, Luciana, *La figura del "legítimo abono" y su regulación en la Provincia de Buenos Aires. La necesidad de una regulación a nivel nacional*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 482, RAP, Buenos Aires, 2018.

FARRANDO, Ismael, "El control sobre los contratos administrativos", en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, DELPIAZZO, Carlos, VALIM, Rafael y RODRÍGUEZ, María, *Control administrativo de la actividad de la Administración*, XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, ISBN 978-65-81121-00-6, San Pablo, 2019.

- "Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos y RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, *El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nº 460, Buenos Aires, 2017.

FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968.

FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

GALLI BASUALDO, Martín, "El contrato de Derecho Privado de la Administración", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

- *Reflexiones sobre la ley y los principios del Derecho*, Civitas, Madrid, 1996.
- *La lucha contra las inmunidades del pode en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Revista de Administración Público Nº 38, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1962.
- L*os principios de la nueva ley de expropiación forzada*, Instituto de Derechos Políticos, Madrid, 1956.

GARCÍA PÉREZ, Marta, *El objeto del Proceso Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 1999.

GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

- "Penalidades y sanciones en el nuevo reglamento de contrataciones", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014.
- *Tratado de lo contencioso administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2002.

- *La llamada doctrina del silencio administrativo*, Revista de Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, Nº 16, Madrid, 1955.

GARRIGA, Román, *El enriquecimiento sin causa. Sus caracteres y efectos*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1949.

GIMENO FELIÚ, José María, "El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho pretoriano. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma", en *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- "Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. la doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales Enseñanzas y propuestas de mejora)", en *Observatorio de Contratación Pública*, Zaragoza, 2015.
- "Compra pública estratégica", en PERNAS GARCÍA, J.J. (director), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1967.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de derecho procesal administrativo*, Civitas, Madrid, 1990.
- *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983.
- *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, Civitas, Madrid, 1977.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017.

GORE, François, *L´enrichissement aux dépens d´autrui: source autonome et générale d´eobligations en droit privé français. Essai d´une construction technique*, Dalloz, Paris, 1949.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 1990.

GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado*, REDA Nº 107, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El Silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Colex, Madrid, 1997.

GUTIÉRREZ HERRERA, Noelia y SÁ ZEICHEN, Gustavo, *Ensayo acerca de nulidades e inexistencias - Comentario al caso "Peña" del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires*, elDial.com - DC18E9, Buenos Aires, 2012.

HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Recueil Sirey, Bordeaux, 1919.

HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca, "Hecho del príncipe y Teoría de la imprevisión", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014.

- "El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos", en *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

HUICI, Héctor, "Ingeniería Omega: una doctrina no siempre generalizable", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Corte Suprema de Justicia de la Nación – Máximos Precedentes – Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

HUTCHINSON, Tomás, "El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato" en HUTCHINSON, Tomás (director), *Contratista del Estado, Procedimientos de selección (primera parte)*, Revista de Derecho Público, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

- *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

IVANEGA, Miriam Mabel, "Reflexiones sobre los principios del procedimiento administrativo", en *Procedimiento Administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea - RAP, Buenos Aires, 2015.

- "El ius variandi y sus límites", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014.

- *Instituciones de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

- *El procedimiento de la licitación pública*, Derecho PUCP Nº 66, Lima, 2011.
- *El principio de buena fe en los contratos administrativos*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Año XXX-360, Buenos Aires, 2008.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Acto administrativo y contrato administrativo" en *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración RAP, Buenos Aires, 2000.

JÈZE, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1949.

JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Bosch, Buenos Aires, 1950.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Algunas particularidades del enriquecimiento sin causa en el derecho administrativo*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1998.

LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

LEGARRE, Catalina, "Revocación por oportunidad", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los contratos públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

LERNER, Bernardo, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

LETE DEL RÍO, José Manuel y LETE ACHIRICA, Javier, *Derecho de Obligaciones*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Nacional*, Astrea, Buenos Aires, 1970.

LISA, Federico, *Las notas típicas del Derecho Administrativo y su proyección en el procedimiento y proceso administrativos*, conferencia inédita pronunciada en el "Curso de Especialización en Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo (con particular referencia al régimen de la provincia de Entre Ríos)", Paraná, 5 de agosto de 2005.

LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1992.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant, Valencia, 1995.

LÓPEZ MESA, Marcelo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, B de F, Buenos Aires, 2015.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel y VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosa, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

LORENZETTI, Ricardo, *Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales*, Revista La Ley, 1997-E, Buenos Aires, 1997.

LUQUI, Roberto Enrique, "La modificación ("ius variandi") del contrato administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los contratos públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

MAIRAL, Héctor Aquiles y VERAMENDI, Enrique, "Los contratos del Estado luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación", en PIZARRO, Ramón y BUTELER, Alfonso (directores), *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2018.

MAIRAL, Héctor Aquiles, "¿Uno o dos derechos Administrativos?", en GORDILLO, Agustín (director), *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2010.

- *La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes normativas*, Revista La Ley, Suplemento especial El Contrato Administrativo en la actualidad, Buenos Aires, 2004.
- *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, *El Derecho*, Tomo 179, Buenos Aires, 1998.
- *El aporte de la crítica a la evolución del Derecho Administrativo*, *El Derecho*, Tomo 180, Buenos Aires, 1998.
- *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

MARANIELLO, Patricio, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Librería del Jurista, Buenos Aires, 2008.

MARCHETTI, Luciano, *¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido*, El Derecho-Administrativo-2005, Universitas, Buenos Aires, 2006.

MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

- *El Derecho argentino hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

MARTÍNEZ, Hernán, *Derecho Administrativo. Concordado con Código Civil y Comercial, legislación nacional y legislaciones provinciales*, Nova Tesis, Rosario, 2017.

MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, Arayú, Buenos Aires, 1954.

MAYO, Jorge, *La buena fe en la ejecución de los contratos*, La Ley, DJ 2002-3, Buenos Aires, 2002.

MEILÁN GIL, José Luis, *Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011.

- *Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos*, Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 66, Lima, 2011.
- *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, Iustel, Madrid, 2008.

MERTEHIKIAN, Eduardo, *Los contratos administrativos como fuente del Derecho Administrativo*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 368, RAP, Buenos Aires, 2013.

- "Los contratos administrativos como fuente del Derecho Administrativos", en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2009.
- "Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos" en *Contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.

- *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

MODERNE, Frank y DEVOLVÉ, Pierre, *Las transformaciones contemporáneas del contrato en el derecho francés*, REDA Nº 7/8, Depalma, Buenos Aires, 1991.

MONTI, Laura, "Los contratos de la Administración Pública en la jurisprudencia de la CSJN", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014.

- *Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nº 361, Buenos Aires, 2009.

- *La aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 en el ámbito de los contratos administrativos*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1996.

MORELLO, Augusto, *Dinámica del contrato. Enfoques*, Librería Editora Plantense S.R.L., Buenos Aires, 1985.

MORENO MOLINA, José Antonio y PLIETE GUADAMILLAS, Francisco, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2008.

MORENO MOLINA, José Antonio, "Control de la Contratación Pública y Principio de Buena Administración", en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, DELPIAZZO, Carlos, VALIM, Rafael y RODRÍGUEZ, María, *Control administrativo de la actividad de la Administración*, XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, ISBN 978-65-81121-00-6, San Pablo, 2019.

- "Contratos administrativos", en RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (directores), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, INAP, Granada, 2015.

- *La importante evolución hacia un Derecho Global de la contratación pública* (https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/moreno-molina.pdf).

MORÓN URBINA, Juan Carlos, "¡Muchas gracias, que Dios se lo pague! El enriquecimiento sin causa de la Administración Pública con motivo de la contratación estatal", en *Derecho Administrativo en el siglo XXI, Contratación estatal, potestad*

sancionadora de la administración pública y procedimiento administrativo sancionador, Tomo I, Adrus D&L Editores, Arequipa, 2013.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

- *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1982.
- *Enriquecimiento sin causa*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1949.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, *Responsabilidad contractual*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

MOYANO, Juan Agustín, *Enriquecimiento sin causa*, Jurisprudencia Argentina, Tomo 44, Buenos Aires, 1933.

MÜLLER, Enrique "Enriquecimiento sin causa", en ALTERINI, Juan Martín, PICASSO, Sebastián (directores), *Instituciones de Derecho Privador Moderno. Problemas y propuestas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

MURATORIO, Jorge, "Contrataciones públicas en el Mercosur", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

- "Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita", en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

NIELSEN, Federico y COMADIRA, Julio Pablo, *Apuntes sobre los principios de la ética pública en el derecho argentino*, elDial.com, DC462, Buenos Aires, 2004.

NINO, Carlos Santiago, *Notas de Introducción al derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1975.

PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Open, Madrid, 2015.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

PEREZ HUALDE, Alejandro, *Concesión de servicios públicos*, Astrea, Buenos Aires, 2017.

- "Los contratos públicos como regla de derecho en el neoconstitucionalismo", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014.
- *Exorbitancia de las prerrogativas de la Administración en los contratos*, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, año 5, opus nro. 9, UNAM, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Ciudad de México, 2011.

PERNAS GARCÍA, Juan José, *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

PERRINO Pablo, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

- "La reforma del procedimiento administrativo", en *Procedimiento administrativo. A 20 años de la reforma constitucional*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado", en *Cuestiones de contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2002.
- "Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita", en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.
- *La inactividad administrativa y su control judicial*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nº 269, Buenos Aires, 2001.

PEYRANO, Jorge, *El Proceso Civil. Principios y fundamentos*, Astrea, Buenos Aires, 1978.

PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de obligaciones*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.

PORTELA, María Victoria, *La interpretación de los contratos administrativos*, RAP, Ediciones Especiales Régimen de Contrataciones y Compre Nacional, Nº 28, Buenos Aires, 2012.

PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, "El equilibrio económico de los contratos públicos", en GIMENO FELIÚ, José María [director], *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Pamplona, 2012.

RATTI MENDAÑA, Florencia, *De la nulidad a la inexistencia de los contratos administrativos (un repaso jurisprudencial, con ocasión al fallo "Lix Klett")*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, RDA 2012-84, Buenos Aires, 2012.

REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, EUDEBA, Buenos Aires, 1969.

REJTMAN FARAH, Mario, "La estabilidad del acto administrativo y el conocimiento del vicio como causal de revocación", en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2009.

RETORTILLO BAQUER, Sebastián Martín, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones. Dos estudios*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960.

REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, *Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios*, Diagramación E I.B.M. Studium, Lima, 1988.

REZZOAGLI, Bruno Ariel, *La contratación pública como instrumento de promoción de políticas sociales*, Revista Politeia, N° 49, Culiacán, 2010.

RIVERO YSERN, Enrique, *La interpretación del contrato administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1971.

RIVERO, Jean, *Los principios generales en el Derecho Administrativo francés contemporáneo*, Revista de Administración Pública Nº 6, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1951.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, "La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

RODRÍGUEZ, María José, *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Nº 893/2012*, Ábaco, Buenos Aires, 2013.

- "El régimen legal de contrataciones de la Administración Pública perfilado por el Decreto delegado 1023/2001 y su armonización con las normas legales y reglamentarias aplicables. La utilidad de una teoría general del contrato administrativo", en HUTCHINSON, Tomás y ROSATTI, Horacio (directores), *Contratos Administrativos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press, Sevilla, 2015.

- "La contratación del sector público como política pública", en PERNAS GARCÍA, Juan José (director), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012.
- *La carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano y la reforma administrativa. Consideraciones generales*, https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/la-carta-iberoamericana-de-los-derechos-y-la-reforma-administrativa-1.pdf.
- *Los principios generales del Derecho Administrativo en la jurisprudencia administrativa española*, EDA, Buenos Aires, 2009.
- "Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el Derecho Administrativo español", en RIVERO YRSEN, Enrique, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (directores), *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano (actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo)*, Juan de Castilla y León, Netbiblio, A Coruña, 2008.
- *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas*, AFDUDC, Nº 12, A Coruña, 2008.

- *El Buen Gobierno y la Buena Administración de las Instituciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- *Ética, Poder y Estado*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004.
- *Principios de ética pública, ¿corrupción o servicio?*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, MORENO MOLINA, José Antonio, JINESTA LOBO, Ernesto y NAVARRO MEDAL, Karlos, *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa)*, Guayacán, San José, 2011.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico*, Revista Tapia Nº 54, Madrid, 1990.

SACRISTÁN, Estela, *Ius variandi y modificación de precios en los contratos administrativos*, Revista RAP Nº 219, Ediciones RAP, Buenos Aires, 1996.

SAMMARTINO, Patricio Marcelo, *Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho*, EDA, Buenos Aires, 2014.
- "La extinción del contrato administrativo: La rescisión por razones de ilegitimidad", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.
- "Procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho", en POZO GOWLAND, Héctor, HALPERÍN, David, AGUILAR VALDÉZ, Oscar, LIMA, Fernando Juan y CANOSA, Armando (directores), *Procedimiento Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- "Procedimiento administrativo, juridicidad e interés público", en *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2006.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2016.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2015.

- *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho Público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Sobre los contratos de la Administración, la ideología de la seguridad jurídica, la huída de aquéllos y la artesanía jurídica", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

- *Los principios en el Derecho Administrativo*, Ediciones Dike, Mendoza, 2000.

SAYAGÜES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1974.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos", en BARNES, Javier, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2012.

- *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2003.

SCONDA, Mariana, *Pomponio D.50.17.206. Teoría del enriquecimiento sin causa: origen y recepción*, ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morelia, 2006.

SESÍN, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

SPOTA, Alberto Gaspar, *Tratado de derecho civil. Primera parte*, Depalma, Buenos Aires, 1959.

- *¿Proceden contra la Administración Pública las acciones de enriquecimiento sin causa y de gestión de negocios ajenos?*, Jurisprudencia Argentina, Tomo 49, Buenos Aires, 1935.

TAWIL, Guido, "El principio de colaboración en el procedimiento administrativo", en TAWIL, Guido (director), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

- *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

TORINO, Enrique, *Enriquecimiento sin causa*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Investigaciones de Seminario IV, Buenos Aires, 1929.

TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

TRIGO REPRESAS, Félix, "Obligaciones en general", en ALTERINI, Atilio (director), *Reformas al Código Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto, "Nociones sobre el enriquecimiento sin causa en el ámbito del Derecho Administrativo", en *Derecho Administrativo Iberoamericano*, Paredes, Caracas, 2007.

VEDEL, Georges, *Droit administratif*, Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 1961.

VIGO, Rodolfo, *Los principios generales del Derecho*, Jurisprudencia Argentina, Tomo 1986-III, Buenos Aires, 1986.

VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR ESCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, Sección de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1987.

VILLAR PALASÍ, José Luis, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Universidad a Distancia, Artigrafía S.A., Madrid, 1974.

- *Lecciones sobre contratación administrativa*, Universidad de Madrid, sec. Publicaciones, Madrid, 1969.

VILLARUEL, María Susana, "La revocación por interés público de los contratos administrativos", en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2014.

- "El rescate en los contratos administrativos", en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado general de los contratos públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950.

VON IHERIN, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, Editorial José M. Cajica JR S.A., Puebla, 1957.

WALINE, Marcel, *Droit administratif*, Sirey, París, 1963.

WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994.

ZAMBRANO, Pedro, *Silencio de la Administración y plazos para demandar al Estado Nacional. La prescripción y la caducidad en la nueva regulación del reclamo administrativo previo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Arayú, Buenos Aires, 1954.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina

"A.L.I.T.T.", Fallos 329:5266 (2006).

"ABC Farmacéutica S.R.L.", A916 XXXV (2002).

"Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A.", Fallos 325:1787 (2002).

"Administración General de Transportes de Buenos Aires", Fallos 251:150 (1961).

"Aeroandina S.A. y Fexis S.A.", Fallos 329:972 (2006).

"Aguas Argentinas S.A.", A. 1339. XL (2007).

"Aguas Argentinas S.A.", Fallos 328:2004 (2005).

"Almacenes del Plata", Fallos 311:970 (1988).

"Almagro", Fallos 321:169 (1998).

"Antonio Sergi Vinciguerra", Fallos 321:277 (1998).

"Aquino" Fallos 327:3753 (2004).

"Arancibia Clavel", Fallos 302:973 (1980).

"Arrol Brothers Limited y Mec Billing y Cía", Fallos 97:20 (1903).

"Asociación Escuela Popular Germana Argentina", Fallos 245:146 (1959).

"Astilleros Costaguta S.A.", Fallos 315:890 (1992).

"Astilleros Mestrina", A. 414. XLIV. ROR (2010).

"Baliarda", Fallos 303:917 (1981).

"Banco Comercial de Finanzas", Fallos 327:3117 (2004).

"Banco de Londres y Brasil", Fallos 129:3 (1918).

"Banco del Acuerdo S.A.", Fallos 308:435 (1986).

"Bernald", Fallos 331:1488 (2008).

"Besana", Fallos 182:502 (1938).

"Biain", Fallos 318:1349 (1995).

"Biocrom S.A.", B567 XXXV (2002).

"Bossio", Fallos 84:280 (1900).

"Bourdieu", Fallos 145:307 (1925).

"Bracamonte", Fallos 204:626 (1946).

"Cabanillas", La Ley, Tomo 28, 385 (1942).

"Cáceres Cano", Fallos 261:193 (1965).

"Cadipsa S.A.", Fallos: 323:1146 (2000).

"Cardiocorp S.A.", Fallos 329:5976 (2006).

“Carl Chung Ching Kao”, Fallos 324:3019 (2001)
“Case S.A.C.I.F.I.E.”, C.347.XLVIII (2013).
“Case S.A.C.I.F.I.E.”, Fallos 333:1922 (2000).
“Castro Veneroso”, Fallos 324:3593 (2001).
“Celedonia Etchegoyen de Coelho”, Fallos 261:193 (1965).
“Cerámica San Lorenzo S.A.”, Fallos 307:1094 (1985).
“Cía. Azucarera Tucumana S.A.”, Fallos 312:1725 (1989).
“Cinplast IAPSA”, Fallos 316:212 (1993).
“Colegio Bioquímico del Chaco”, Fallos 316:2477 (1993).
“Columbia”, Fallos 319:2658 (1996).
“Compañía General Fabril Financiera S.A.”, Fallos 291:63 (1975).
“Concencioca”, Fallos 317:1333 (1994).
“Constantini”, Fallos 174:382 (1936).
“Credimex”, Fallos 317:1340 (1994).
“Davaro”, Fallos 315:1883 (1992).
“Delsoglio”, Fallos 234:82 (1956).
“Destilería Argentina de Petróleo S.A.”, Fallos 326:3135 (2003).
“Deutsch”, Fallos 306:1236 (1984).
“Diagnóstica S.A.”, D586 XXXV (2002).
“Distribuidora Médica de Elena Kapusi”, D 604 XXXV (2001).
“Droguería Disarfa S.A.”, D 414 XXXV (2002).
“Durusse de Fernández”, Fallos 308:633 (1986).
“El Jacarandá S.A.”, Fallos 328:2654 (2005).
“El Panamericano S.A.C.I.”, Fallos 304:721 (1982).
“El Soberbio S.A.”, Fallos 327:2321 (2004).
“Empresa Constructora F.H. Schmidt S.A.”, Fallos 179:249 (1937).
“Empresa Constructora F.H. Schmidt S.A.”, Fallos 181:306 (1938).
“Enquin”, Fallos 263:32 (1965).
“Espacio”, Fallos: 316:3157 (1993).
“Estado Mayor General del Ejército”, Fallos 325:2935 (2002).
“Estado Nacional y otro”, Fallos: 340:1570 (2017).
“Estructuras Tafí S. A. C. e I. y otro”, Fallos 321:2530 (1998).
“Ferreyra”, Fallos 315:106 (1992).
“Ferrocarriles del Estado”, Fallos 132:75 (1920).
“Fisco Nacional”, Fallos 175:254 (1936).
“Fortunato Arrufat SAIC”, Fallos 312:606 (1989).
“Franklin Consultora S.A.”, Fallos 319:469 (1996).
“Ganadera Los Lagos S.A.”, Fallos 190:142 (1941).

“García de Thorndike”, Fallos 248:115 (1960).
“Gas del Estado S.E.”, Fallos 326:2457 (2003).
“Gerosa”, Fallos 255:371 (1963).
“Ginocchio”, Fallos 313:1223 (1990).
“Giroldi”, Fallos 318:514 (1995).
“Gobierno de la Nación”, Fallos 182:502 (1938).
“Goldstein”, Fallos 327:5991 (2004).
“Gorosito”, Fallos 325:11(2002).
“Gozza.”, Fallos 327:315 (2004);
“Trujillo”, A.180.XLVI (2013).
“Gualtieri Rugnone de Prieto”, Fallos 332:1835 (2009).
“Günther”, Fallos 308:1118 (1986).
“Gutiérrez”, Fallos 158:268 (1930).
“Hidroeléctrica Alicurá S.A.”, Fallos: 330:2932 (2007).
“Hius S.A.”, H.140 XXXV (2002).
“Hotel Internacional Iguazú S.A.”, Fallos 308:618, (1986).
“IATASA”, I.33.XLVIII (2013).
“Iglesias”, Fallos 308:1745 (1986).
“IMSA MICSA”, Fallos 332:2801 (2009).
“Indicom S.A.”, Fallos 327:84 (2002).
“Ingeniería Omega S.A.”, Fallos 323:3924 (2000).
“Ingeniero Livio Dante Porta y Cía S.R.L.”, Fallos 286:333 (1973).
“Intense Life S.A.”, Fallos 330:178 (2007).
“J.J. Chediak S.A.”, Fallos 319:1681 (1996).
“Jaunarena”, Fallos 268:7 (1967).
“José Cartellone C.C.S.A.”, Fallos 326:2686 (2003).
“Juan A. Bracamonte”, Fallos 204:626 (1946).
“Juan María de Vido e Hijos S.C.A.”, Fallos 311:971 (1988);
“Juncalán Forestal, Agropecuaria S.A.”, Fallos 312:2266 (1989).
“Karma”, Fallos 310:360 (1987)
“Kasdorf S.A.”, Fallos 313:284 (1990).
“La Continental Cía”, Fallos 329:624 (2006).
“La Holando Sudamericana S.A.”, Fallos 330:2268 (2007).
“La Providencia S.A.”, Fallos 326:2081 (2003).
“La Quietud S.R.L.”, Fallos 316:1791 (1993).
“Langer y Compañía S.R.L.”, Fallos 329:5615 (2006).
“Lapadu”, Fallos 327:5723 (2004).
“Laser Disc Argentina S.A.”, Fallos 326:3206 (2003).

“Ledesma”, Fallos 312:2022 (1989).
“Lemcol S.A.” L.271 XXXV (2002).
“Lew”, Fallos 320:1996 (1997).
“Lix Klett S.A.I.C.”, Fallos 335:1385 (2012).
“Lockwood S.A.”, Fallos 315:1299 (1992).
“Magnarelli”, Fallos 326:1280 (2003).
“Marocco”, Fallos: 312:84 (1989).
“Martinez”, Fallos 286:317 (1973).
“Maruba”, Fallos 321:1784 (1998).
“Marún Nacib”, Fallos 180:233 (1938).
“Más Consultores Empresas S.A.”, Fallos 323:1515 (2000).
“Mazzeo”, Fallos 330:3248 (2007).
“Mellor Goodwin”, Fallos 287:79 (1973).
“Mena”, Fallos 292:58 (1975).
“Meridiano”, Fallos 301:292 (1979).
“Metalmecáncia S.A.”, Fallos 296:672 (1976).
“Mevopal S.A.”, Fallos 307:2216 (1985).
“Migoya”, Fallos 334:1821 (2011).
“Mill de Pereyra”, Fallos 324:3219 (2001).
“Ministerio de Defensa”, Fallos 324:1225 (2001).
“Monges”, Fallos 319:3148 (1996).
“Montes”, Fallos 315:1760 (1992).
“Montoto”, Fallos 303:578 (1981).
“Morales”, Fallos 234:335 (1956).
“Morea”, Fallos 327:857 (2004).
“Mosca” Fallos 330:563 (2007).
“Nación Argentina”, Fallos 252:334 (1962).
“Nación Argentina”, Fallos 294:69 (1976).
“Naviero de la Serna de López”, Fallos 315:2771 (1992).
“Necon”, Fallos 314:491 (1991).
“Ocampo”, Fallos: 10:203 (1871)
“Oks Hnos. y Cía.”, Fallos 266:61 (1966).
“Orrico S.R.L.”, O.139.XLIII (2009).
“Orrico S.R.L.”, O.58.XLIII (2009).
“Oxigenoterapia Norte”, O246 XXXV (2002).
“Panedille Argentina S.A.I.C.F.I.”, Fallos: 305:1011 (1983).
“Patricia y José García S.R.L.” P.791 XXXV (2002).
“Pereda”, Fallos 320:1101 (1997).

“Pérez”, Fallos 318:1598 (1995).
“Petroquímica Argentina S.A.”, Fallos 297:500 (1977).
“Pfizer Argentina S.A.C.e I.”, Fallos 267:162 (1967).
“Placido Vega”, Fallos 275:106 (1969).
“Pluspetrol Energy S.A.”, Fallos 330:2286 (2007).
“Pradera del Sol”, Fallos 327:5756 (2004).
“Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 321:714 (1998).
“Provincia de Catamarca”, Fallos 302:242 (1980).
“Provincia de San Juan”, Fallos 181:166 (1938).
“Provincia del Chubut”, Fallos 324:4199 (2001).
“Punte”, Fallos 329:809 (2006).
“Pustelnik”, Fallos 293:133 (1975).
“Radeljak”, Fallos 311:2831 (1988).
“Rapel S.A.C.I.F.I. y A.”, R.1862.XXXVIII (2004).
“Red Argentina de Emisoras Splendid S.A.”, Fallos 262:87 (1965).
“Revestek”, Fallos 318:531 (1995).
“Reynot Blanco”, Fallos 331:1690 (2008).
“Rezzia y Sala”, Fallos 14:364 (1874).
“Rigecin Laboratorios S.A.C.I.F.” R48 XXXVI (2002).
“Rincón de los Artistas S.R.L.”, Fallos 326:3700 (2003).
“Ríos”, Fallos 300:700 (1978).
“Rizzo”, Fallos 336:760 (2013).
“Roca Wright”, Fallos 205:200 (1946).
“Rocca”, Fallos 322:1100 (1999).
“Rodríguez Pereyra”, Fallos 335:2333 (2012).
“Rodríguez Varela”, Fallos 315:2990 (1992).
“S.A. Organización Coordinadora Argentina”, Fallos 321:174 (1998).
“Sabella”, Fallos 296:65 (1976).
“SADE S.A.C.C.I.F.I.M.”, Fallos 318:1632 (1995).
“Saliot”, Fallos 324:1590 (2001).
“Salman”, Fallos 262:38 (1965).
“Sánchez Granel”, Fallos 306:1409 (1984).
“Sanecar S.A.C.I.F.I.A.”, Fallos 331:978 (2008).
“Schirato”, Fallos 304:490 (1982).
“Sciammarella”, S.53.XLIV (2009).
“Sebastián Maronese e Hijos S.A.”, Fallos 327:5073 (2004).
“Seguridad Argentina S.A.” S.312 XXXV (2002).
“Serra”, Fallos 316:2454 (1993).

"Serradilla", Fallos 330:2748 (2007).
"Servicios Empresariales Wallabies S.R.L.", Fallos 323:1841 (2000).
"Sesto de Leiva", Fallos 312:1686 (1989).
"Sícaro", Fallos 314:363 (1991).
"Siderca S.A.I.C.", Fallos 321:1167 (1998).
"Síper Aviación S.A.", S. 596 XXXIII (2008).
"Sociedad Anónima Canal y Puerto del Oeste c/ Gobierno Nacional", Fallos 141:190 (1924).
"Sociedad Anónima Canal y Puerto del Oeste", Fallos 141:190 (1924).
"Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester", Fallos 285:375 (1973).
"Sosa de Basso", Fallos 310:1578 (1987).
"Stamei S.R.L.", Fallos 310:2278 (1987).
"Sudamericana de Intercambio", Fallos 306:1138 (1984).
"Telecom Argentina S.A. - Telecom Personal S.A.", Fallos 338:765 (2015).
"Tomin S.A.I.C.F.I.", Fallos 299:167 (1977).
"Touceda Humano", Fallos 192:152 (1942).
"Transax S.A.", Fallos 292:97 (1975).
"Trujillo", A.180.XLVI (2013).
"Tuteur S.A.", T.185 XXXVII (2002).
"Universidad Bartolomé Mitre", Fallos 273:134 (1969).
"Vadell", Fallos 306:2030 (1984).
"Venturini", V. 49. XXXIX. ROR (2007).
"Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F.", Fallos 316:3825 (1993).
"Videla", Fallos 333:1657 (2010).
"Vieyra de Álvarez", V.102.XLVIII (2013).
"Villareal", Fallos 324:1405 (2001).
"Winkler", Fallos 305:1045 (1983).
"Y.P.F.", Fallos 315:158 (1992).
"Yacimientos Petrolíferos Fiscales", Fallos 315:158 (1992).
"Yantra Import S.A.", CAF 039508/2013/2/1/RH003 (2015).
"Zacarías", Fallos 310:464 (1987).
"Zonas Francas Santa Cruz S.A.", Fallos 332:1367 (2009).

Procuración del Tesoro de la Nación (Argentina)

Dictámenes 79:77.
Dictámenes 83:180.
Dictámenes 85:135.
Dictámenes 89:106.

Dictámenes 114:31.
Dictámenes 159:326.
Dictámenes 195:49.
Dictámenes 198.161.
Dictámenes 198:178.
Dictámenes 203:201.
Dictámenes 211:155.
Dictámenes 217:115.
Dictámenes 237:512.
Dictámenes 238:9.
Dictámenes 239:17.
Dictámenes 241:115.
Dictámenes 245:280.
Dictámenes 245:422.
Dictámenes 247:116.
Dictámenes 247:38.
Dictámenes 248:43.
Dictámenes 248:475.
Dictámenes 249:188.
Dictámenes 249:447.
Dictámenes 251:751.
Dictámenes 259:11.
Dictámenes 265:105.
Dictámenes 270:96.
Dictámenes 280:107.
Dictámenes 281:322.
Dictámenes 283:148.
Dictámenes 285:156.
Dictámenes 303:131.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
"Salvador Chiriboga", sentencia del 6.05.2008.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sala Cuarta, del 22.04.2010.

Sala Sexta, del 22.04.2010.
Sala Octava, del 3.01.2013.

Sentencias del Tribunal Supremo español

Del 24 de abril de 1931.
Del 12 de enero de 1943.
Del 23 de noviembre de 1946.
Del 12 de marzo de 1953.
Del 22 de diciembre de 1962.
Del 20 de enero de 1971.
Del 9 de abril de 1974 (Ar. 1730).
Del 1 de diciembre de 1980.
Del 22 de febrero de 1982 (Ar. 1619).
Del 13 de marzo de 1984 (Ar. 1750).
Del 11 de abril de 1984.
Del 28 de junio de 1984 (Ar. 3661).
Del 5 octubre de 1985 (S.T.S. 495/1985).
Del 25 de noviembre de 1985 (S.T.S. 517/1985).
Del 19 de noviembre de 1986 (S.T.S. 6396/1986).
Del 19 de noviembre de 1986 (S.T.S. 13916/1986).
Del 15 de octubre de 1987 (S.T.S. 6423/1987).
Del 9 de julio de 1988 (Ar. 5946).
Del 25 de julio de 1989 (S.T.S. 4521/1989).
Del 29 de enero de 1991.
Del 21 de marzo de 1991 (S.T.S. 1731/1991).
Del 18 de febrero de 1992.
Del 26 de enero de 1993.
Del 28 de octubre de 1996.
Del 15 de junio de 1999 (Ar. RJ 1999\6449).
Del 15 de abril de 2002.
Del 6 de febrero de 2006.
Del 29 de junio de 2015.
Del 05 de julio de 2016 (S.T.S. 3285/2016).

Sentencias del Consejo de Estado francés

"Boudier", arrêt del 15 de junio de 1892.

"Cie. Française des Trammways" del 11 de marzo 1910.
"Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-Les Rouen", del 10 de enero de1902.

Sentencias del Consejo de Estado colombiano (Sala de lo Contencioso Administrativo)

"Droguería Santa Fe de Arauca" (N° 07001-23-31-000-1997-00705-01[15662]), 29.01.2009
"Edgardo Borelly u cia. LTDA." (N° 7507), 17.06.1994
"Francisco Perez Rojas" (N° 8729), 18.04.1994.
"Hospital Regional II Nivel de Sincelejo" (N° 70001-23-31-000-2001-00670-02[38724]), 20.02.2017.
"Hospital Regional II Nivel de Sincelejo" (N° 70001-23-31-000-2001-00670-02[38724]), 20.02.2017.
"Jaime D. Bateman Duran" (N°12775), 06.04.2000.
"Manuel Ricardo Perez Posada" (N° 73001-23-31-000-2000-03075-01[24897]), 19.11.2012.
"Parqueaderos Los Arias Limitada" (N° 25000-23-26-000-2003-01334-01[36318]), 07.09.2015.
Sentencia del 25 de abril de 1991 (Exp. N° 6.103).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Argentina)

Sala I, "Edelar" (2007).
Sala III, "Bricons" (1989).
Sala III, "Wainsten" (1989).
Sala IV, "Hermarsa S.A.C.I.F.I." (1989).
Sala IV, "Liberman" (2001).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina)

Sala A, "Bruschi de Cerratelli", 13.05.1975, ED, Tomo 68 (1976).
Sala B, "Elmo", 29.03.2005.
Sala C, "Cardiocorp S.A.", 24.02.2004.
Sala C, "Produlab S.A.", 27.05.2004.
Sala C, "Rapel S.A.C.I.F.I. y A.", 03.05.2005.
Sala F, "Orrico S.R.L.", 23.02.2010.
Sala M, "Case S.A.C.I.F.I.E.", 08.11.2011.

Sala M, “Ingeniería y Asistencia Técnica Argentina S.A.”, 31.08.2011.

Cámara Federal de la Capital (Argentina)

“Banco de Londres y Brasil”, 17/05/1918, Jurisprudencia Argentina, Tomo I (1918).

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

“Payton S.C.A c/ Provincia de Buenos Aires”, 17.09.2008.
“Steciow”, La Ley 68, p. 379.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza

“Dimarias S.A.”, CUIJ N° 13-02123286-0 [012174-11106301], del 20.10.2015.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (Argentina)

“Perlo”, A. y S. t. 244 p. 96-100, del 17.04.2012.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“Praxair Argentina S.R.L.”, Expte. N° 11160/14, del 20.12.2016.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“Tortona”, 03.03.2009, La Ley CABA, AR/JUR/4545, 2009, p. 340.

Dictámenes de la Oficina Nacional de Compras

Dictamen O.N.C. Nº 402, del 04.11.2013.