



ARTÍCULOS

El contrato administrativo

Pedro Guillermo Altamira

Revista de Economía y Estadística, Segunda Época, Vol. 6, No. 1-2-3-4 (1953): 1º, 2º, 3º y 4º Trimestre, pp. 51-78.

<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/3428>



La Revista de Economía y Estadística, se edita desde el año 1939. Es una publicación semestral del Instituto de Economía y Finanzas (IEF), Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba, Av. Valparaíso s/n, Ciudad Universitaria. X5000HRV, Córdoba, Argentina.

Teléfono: 00 - 54 - 351 - 4437300 interno 253.

Contacto: rev_eco_estad@eco.unc.edu.ar

Dirección web <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/index>

Cómo citar este documento:

Altamira, P. (1953). El contrato administrativo. *Revista de Economía y Estadística*, Segunda Época, Vol. 6, No. 1-2-3-4: 1º, 2º, 3º y 4º Trimestre, pp. 51-78.

Disponible en: [<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/3428>](http://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/3428)

El Portal de Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba es un espacio destinado a la difusión de las investigaciones realizadas por los miembros de la Universidad y a los contenidos académicos y culturales desarrollados en las revistas electrónicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Considerando que la Ciencia es un recurso público, es que la Universidad ofrece a toda la comunidad, el acceso libre de su producción científica, académica y cultural.

<http://revistas.unc.edu.ar/index.php/index>



REVISTAS
de la Universidad
Nacional de Córdoba



Universidad
Nacional
de Córdoba



FCE
Facultad de Ciencias
Económicas



1613 - 2013
400
AÑOS

Dr. Pedro Guillermo Altamira

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Introducción

El concepto que tienen los tratadistas nacionales y extranjeros, sobre el "contrato administrativo" es bien diferente. Algunos parten de un criterio de derecho público; otros, poseen un sentido civilista; otros, como Duguit, consideran que no debe hablarse de derecho público ni de contrato de derecho privado sino, simplemente, de contrato; por último, no faltan tratadistas que han negado la existencia de los contratos administrativos.

Si en los Tribunales en lo Contencioso, de España, Francia e Italia, hay oscilaciones en la jurisprudencia, no puede extrañarnos que ocurra en nuestro país, donde recién se ha organizado científicamente el tribunal contencioso-administrativo y el Código Procesal que reglamenta al juicio contencioso-administrativo.

Este trabajo estará dedicado, entonces, a dilucidar esta ardua cuestión de la existencia del contrato administrativo.

PRIMERA PARTE

¿Existe el Contrato Administrativo?

Para contestarnos esta pregunta, debemos empezar por conocer qué es contrato para nuestro Código Civil. El art. 1137 nos dice que "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos". Deducimos, entonces, que la noción de contrato, en Derecho Civil, tiene el doble privilegio de la simplicidad y la claridad. El acuerdo de las partes es el elemento esencial y el resultado de una doble operación, pues los contratantes deben empezar por ponerse de acuerdo sobre el contenido de la convención y discutir las cláusulas particulares. Una vez establecido el acuerdo sobre el contrato proyectado, es necesario dar a éste su fuerza obligatoria, por un acto de voluntad manifestado por la adhesión individual de cada una de las partes.

El Estado, para contar con la cooperación de los individuos, puede valerse de dos formas: la **requisición** y la **solicitud**.

La palabra **requisición** lleva implícita la idea de poder, ya que el Estado no pide, en este caso, a los individuos, un determinado servicio; lo exige. Ejemplos clásicos, son el servicio militar y la expropiación.

El Estado acude a la **solicitud** cuando necesita de los individuos para llenar sus funciones u obras y se dirige a los que voluntariamente quieran realizarlas. La voluntariedad es su nota característica.

Analizadas las teorías sobre los medios de que se vale

el Estado para contar con la colaboración de los individuos que forman el núcleo social, entiendo que el mismo realiza, con los particulares, verdaderos contratos de derecho público, por cuanto, si bien es cierto que la administración impone las cláusulas y condiciones generales de ese contrato, no es menos cierto que el proponente o aceptante se somete voluntariamente a ellas, quedando, desde ese instante, investido de una situación jurídica particular, como diría Jéze, a diferencia de la adhesión, que es una situación jurídica general e impersonal.

Estas relaciones tienen un tinte original, que se lo da su capacidad, su forma y su objeto o fin, pero que a la postre, constituyen verdaderos contratos.

La característica saliente de los contratos celebrados por la administración pública es la de estar regidos por una doble situación; una, **convencional** y otra, **reglamentaria**. La **convención** deriva del acuerdo de voluntades y es lo que hace que se parezca a los contratos comunes y la **reglamentación** es la que le añade su matiz particular, por cuanto constituye la facultad inalienable que el Estado se reserva para intervenir, aún en el seno mismo del contrato.

Con lo dicho podemos contestarnos la pregunta, diciendo que aquellos acuerdos celebrados por la administración con los particulares, para realizar una obra o servicio, con un fin de utilidad social o pública, constituyen verdaderos contratos, que deben llamarse administrativos, por ser celebrados por la administración y difieren de los comunes por ser la unilateralidad, coactividad y ejecutoriedad, sus notas características.

Análisis de sus partes constitutivas

Si el Estado celebra con los particulares verdaderos contratos, estudiaremos sus elementos constitutivos y su ob-

jeto o fin, así como sus notas diferenciales con los contratos civiles, analizando su sustancia, para ver si merecen llevar el nombre de Contratos Administrativos.

De acuerdo al art. 1137 del Código Civil ya transcrito, hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo o sea que el contrato es un acto jurídico producido por declaraciones de voluntades que presuponen un entendimiento.

Cuando ese convenio es el resultado de una elaboración en común y se manifiesta por ofertas o propuestas de una parte, y aceptación, por la otra, habrá realmente consentimiento, según nuestro Código Civil.

Consentimiento, etimológicamente considerado, significa “sentir con” y nos determina que es requisito esencial para su existencia el acuerdo de dos voluntades, lo que equivale a decir que es indispensable, para que exista, la intervención de dos personas, por lo menos.

El consentimiento para los contratos de Derecho Público difiere de lo exigido en los de Derecho Privado, por su elaboración. En efecto: en los contratos de Derecho Público, exige el asentimiento, un doble requisito bien justificado, perfectamente lógico, por tratarse siempre de manifestaciones colectivas de voluntad, que se expresan en dos momentos diversos, a saber: la **formación o integración de la voluntad**, que es lo que **constituye el acuerdo**, y la **declaración**.

En los contratos civiles, uno de los requisitos esenciales, sin el cual no serían válidos, es la capacidad de las personas intervinientes. En cambio, en los contratos de la índole que estudiamos, es requisito *sine-qua-non* de su existencia, aparte de la competencia que es la capacidad en materia administrativa, que una de las partes intervinientes sea la administración; pues, de lo contrario, podrá ser ese concierto de voluntades, si reúne los requisitos necesarios exigi-

dos por la ley, un contrato común, pero nunca, administrativo.

Obrar dentro de facultades regladas por la constitución o por la ley es lo que se denomina competencia y que en los contratos celebrados por el Estado constituye la capacidad.

Esta capacidad es distinta de la que se les exige a las personas para poder contraer obligaciones.

El obrar según facultades regladas, acuerdos previos, necesarios para formar el consentimiento, determinan el grado de capacidad del ente administrativo, para contraer una determinada obligación.

Es de fundamental importancia, en un contrato administrativo que el agente obre dentro de facultades previstas en la licitación, por cuanto éstas determinan y señalan el grado de capacidad del licitante.

Capacidad del proponente: La capacidad de los particulares que han de contratar con la administración, puede decirse, como principio general, que no es otra que la de hallarse en plena posesión de sus derechos civiles, desde que no serán admitidos como proponentes o fiadores —nos dice el artículo 9 de la Ley 775 de Obras Públicas Nacionales—, 1º) Los que no tengan capacidad civil para obligar. 2º) Los que tuviesen algún apremio o hubiesen sido apremiados como deudores del tesoro público. 3º) Los que hubiesen faltado anteriormente a contratos hechos con el Gobierno de la Nación.

Vicios del consentimiento

Son las distintas causas por las cuales la ley priva de eficacia a los actos jurídicos. Estos vicios son: la ignorancia o error, el dolo, la fuerza y el temor, la simulación y el fraude, ya que anulan el consentimiento.

En los casos de ignorancia o error, dolo y violencia, la

ley considera que la voluntad para realizar el acto ha existido, pero, como está viciada por alguna de las causas aducidas, libera al autor de las consecuencias perjudiciales que dicho acto, pueda tener para él.

La simulación y el fraude, a diferencia de los anteriores, no atacan directamente la voluntad ni constituyen vicios de ella; son, más bien, circunstancias que la ley ha creído conveniente erigir en causas de nulidad del acto, en razón del interés de los terceros perjudicados por él.

Nuestro Código Civil nos dice: "para que el consentimiento sea tal, debe ser libre. Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna y son reputados sin intención cuando fueren hechos por ignorancia o error o se ejecutaren por fuerza o intimidación". Pero, para que tales hechos traigan aparejados la nulidad del acto, es indispensable que sean de tal magnitud que su presencia sea, precisamente, la determinante de que se expresara el consentimiento, es decir, que si no hubiera existido ese hecho extraño a la voluntad del obligado, aquélla no se hubiera expresado.

Estos hechos son causa de nulidad de los actos jurídicos en las relaciones contractuales civiles.

El error en los contratos de Derecho Público puede ser de hecho o de derecho. El **error de hecho** es el que versa sobre las circunstancias materiales del contrato y el **error de derecho** recae sobre las normas que regulan las relaciones contractuales, teniendo tal carácter no sólo las incluídas en las cláusulas del contrato sino todas las que a ellas se refieren.

Objeto del contrato

En los contratos administrativos el objeto es el servicio público, "la utilidad o el interés social", la obra pública.

El objeto del contrato radica en la prestación que re-

sulta del mismo, por ejemplo: la ejecución de la obra, en los contratos de obra pública; la realización del servicio, en los de transporte.

El objeto del contrato es la prestación, el **fin próximo** que se persigue, “el servicio público”; el **fin remoto** sería el que justificara la razón de ser de todos los contratos administrativos y los actos de gobierno en general, la “utilidad social”.

Causa

Causa significa razón o motivo de una cosa; en los contratos, **causa** es el motivo determinante de la obligación.

La causa puede tener un sentido psicológico o subjetivo; o puede ser referida al hecho mismo, motivo de la prestación o servicio. En los contratos civiles, la causa psicológica, por ser esencialmente personal, puede hacer variar hasta el infinito la voluntad individual del contratante.

En los contratos administrativos se separa el motivo causal y el final, por cuanto la razón que se tuvo para contraer una determinada obligación escapa a nuestro interés, ya que lo esencial son las situaciones externas, implicando un hecho ya realizado y perfecto, que será lo que constituye “el contrato”, propiamente dicho. Esa voluntad puede estar influida por una serie de motivos subjetivos, aunque reales, por lo cual el derecho, que es esencialmente externo, sólo cobra eficacia al materializarse y no pretende escudriñar aquellos motivos subjetivos.

Por lo que atañe a la persona que contrata con la administración, es evidente que se separan el motivo causal y el final; pero en cuanto a la administración, el motivo causal no existe o, de existir, se confunde con el final y, por lo tanto, la causa se entiende, bien como motivo concreto que ocasiona la obligación, bien como el motivo que determina a la administración a obligarse.

La jurisprudencia nos dice que no hay contrato sin causa y ésta consiste en la reciprocidad de prestaciones.

La causa no se puede buscar en el motivo de la prestación simplemente sino, en ésta, relacionada con la ley que regula el servicio de que se trate.

Los elementos objetivos que determinan la obligación concreta para la administración son: contrato, ley y prestación. La causa es la razón de la prestación, siempre que ésta se efectúe de conformidad al contrato y a la ley.

Forma de los contratos

La forma, es la exteriorización y materialización de un acto jurídico o sea, la transformación de lo psicológico o subjetivo en externo u objetivo.

El Código Civil nos da como regla, en general, la libertad formal.

Todos los contratos administrativos deben ser hechos en instrumento público, bajo pena de nulidad; exigencia justificada, si se tiene en cuenta la importancia de esta clase de contratos.

Los contratos de Derecho Público, por lo tanto, siempre deben ser realizados en escritura pública, pues de lo contrario es un acto incompleto y nulo. El Derecho Público es esencialmente formalista.

La **decisión**, que en el individuo es un fenómeno psicológico, en la administración es jurídico o sea formal. El interés es, para la administración, externo y objetivo: el servicio público, en cambio, en el individuo, no rebasa los límites de su propia personalidad.

Por lo tanto, las formas no sólo limitan las atribuciones de cada parte, sino, exigen que otros intervengan; de ahí la trascendencia de que se omita una formalidad. Inferimos, de lo presente, la enorme importancia que tiene la forma

en los contratos realizados por el Estado ya que, siendo una garantía, estimula la concurrencia de empresarios, beneficiando a la administración, por cuanto tiene, por la publicidad requerida, precios más ventajosos para su erario.

Sus elementos constitutivos

El Art. 6 de la Ley 775 de Obras Públicas Nacionales nos dice, más o menos, lo siguiente: la licitación de obras públicas deberá anunciarse con treinta días, por lo menos, de anticipación, en la publicación oficial que la Nación tuviese y en los diarios de la Capital de la Provincia en cuyo territorio haya de ejecutarse, o en las otras ciudades de la República, o del extranjero en que, a juicio del Poder Ejecutivo, pudiesen encontrarse licitadores.

El art. 7 dice: "Este aviso de licitación deberá contener las bases a que ella debe sujetarse, la naturaleza e importancia de las garantías que los empresarios deben dar, ya sea para ser admitidos al acto del remate o para responder a sus obligaciones señalándose el lugar, día y hora en que el acto se efectuará, asimismo se indicará el lugar donde se encontrarán los planos y presupuesto, los modelos, muestras y la memoria explicativa de ellos a disposición de los proponentes".

No todas las obras realizadas por el Estado se han de efectuar por subasta o licitación, aunque ésta sea la regla, pues hay casos en que, por tratarse de obras de arte, su ejecución se encomienda a artistas u operarios especializados, o porque su monto no excede de cierta suma o porque, circunstancialmente, exijan reserva.

Si se da el caso en que, por una obra sacada dos veces a licitación, no hubiese interesados o no se hubiesen hecho ofertas admisibles, se procederá, si así conviene a los intere-

ses del Estado, a efectuarlo por su cuenta. Tal es el caso de una obra hecha "por administración".

Escritura pública

Adjudicada la obra a quien presentó la propuesta más conveniente se otorga, por el Escribano autorizante del acto, una escritura pública que le servirá, al adjudicatario, de instrumento habilitante y de título definitivo. Sirve, en caso de litigio, la escritura pública, como prueba para ambas partes.

En la copia, que es el título del concesionario, constan las condiciones pactadas; se consignan las fianzas; se menciona el texto íntegro de la ley u Ordenanza en cuya virtud se otorgó la concesión y se transcriben, además, los derechos y obligaciones que emerjan como consecuencia del cumplimiento del contrato.

Caracteres jurídicos

Los caracteres jurídicos de los contratos administrativos son los siguientes: 1º) Buena fe; 2º) Sinalagnático; 3º) Commutativo; 4º) Intuitu personae.

Efectos

La norma de los contratos administrativos es su desigualdad; las obligaciones de origen contractual no son transmisibles por título alguno, o al menos, no pueden hacerse sin el consentimiento previo de la administración.

La finalidad administrativa es el **servicio público** y siendo éste anterior y superior a todo contrato, todo derecho debe subordinársele. Esto justifica a la administración, que

obra unilateralmente en sus facultades de alterar el contrato, siempre que en ello se beneficie el interés general.

Por una facultad legal o reglamentaria, el Estado puede intervenir y modificar las estipulaciones contenidas en el contrato, siendo indudable que esto afecta una situación jurídica individual creada por aquél.

Deberes y obligaciones emergentes del contrato

Las obligaciones del contratista y de la administración; así también como los derechos de ambos, se encuentran fijados en la ley nacional de obras públicas.

La **administración** tiene los siguientes **derechos y obligaciones**:

Obligaciones: 1º) Pagar la obra convenida. 2º) Nombrar ingenieros inspectores para que vigilen la obra. 3º) Recibir la obra con carácter definitivo, tan pronto como expire el plazo de la garantía fijada.

Derechos: 1º) Introducir modificaciones. 2º) Retener la décima parte de pagos parciales hasta la recepción definitiva de la obra.

El **contratista** tiene las siguientes **obligaciones**:

1º) Dar comienzo a la obra en la época fijada. 2º) Conformarse con las alteraciones en las obras ordenadas por Dirección del Departamento de Ingenieros o por Ingeniero Inspector de los trabajos. 3º) Reemplazar los materiales cuando no fuesen de buena calidad. 4º) Responsabilizarse por la inobservancia de las disposiciones municipales o policiales y de todo daño que se cause a los vecinos.

Derechos: 1º) Cobrar el trabajo realizado en la forma estipulada. 2º) Cobrar la diferencia cuando utilice materiales de mejor calidad, siempre que sea por orden escrita. 3º) Reclamar intereses si el Poder Ejecutivo retardase los

pagos por más de treinta días. 4º) Si las reclamaciones naciesen del Poder Ejecutivo y resultaren injustas, quedará subsistente el derecho a los intereses por parte del contratista desde la época señalada. 5º) Las sumas que deban entregarse al contratista, en el pago de la obra, quedan exentas de embargo judicial, salvo el caso que los acreedores sean empleados en la construcción o personas a quienes se deban materiales.

Responsabilidades

Es éste uno de los problemas más serios a que se han visto abocados los tratadistas de Derecho Administrativo. Esta teoría ha seguido los vaivenes de otra que despertó gran entusiasmo entre los tratadistas de Derecho Privado. En un principio, cuando al Soberano se lo consideraba con poderes sobrenaturales y representante de Dios sobre la tierra, era irresponsable por todos sus actos. Luego, cuando al Estado se lo estimó como una ficción legal, fué también irresponsable por los daños causados a terceros. Más tarde, recién se dejó de lado aquella doctrina por otra más de acuerdo con el ritmo y las necesidades de la vida. Tal es la "Teoría de la Realidad de las Personas Jurídicas", vale decir que ya no se consideró al Estado como ficción legal, sino como una realidad jurídica.

En materia contractual, la responsabilidad del Estado no puede dar lugar a dudas al magistrado encargado de resolver las cuestiones que se le planteen, por cuanto éste se ha de ajustar estrictamente a los términos del mismo.

La irresponsabilidad se pone de manifiesto cuando un contrato no puede cumplirse por razones de "fuerza mayor" o por causas ajenas a la voluntad de los contratantes, como sería el caso que estudia la "Teoría de la Imprevisión o la del Riesgo Imprevisible", ya que el juez, en estos casos, de-

berá estudiar las circunstancias de hecho y de derecho que imposibilitaron el fiel cumplimiento del mismo.

Fuerza mayor

Es todo acontecimiento incierto y futuro; independiente de la voluntad de las partes, que no se ha podido prever o que, previsto, no ha podido evitarse.

En los contratos de Derecho Administrativo cesa la responsabilidad del co-contratante cuando existe una imposibilidad absoluta que lo inhibe para ejecutar las prestaciones a que está obligado (fuerza mayor).

La doctrina y la jurisprudencia en general, y en particular la del Consejo de Estado francés, —según Jéze, en su libro: “Les contrats administratifs”, T. III, pág. 24—, está de acuerdo en que sólo constituye caso de “fuerza mayor” el hecho que presente simultáneamente los siguientes caracteres: 1º) Ser independiente de la voluntad del deudor; 2º) No haber podido ser previsto ni impedido por el deudor; 3º) Poner al deudor en la imposibilidad absoluta de cumplir sus obligaciones. Cuando el contrato deja de cumplirse por otras causas, el co-contratante incurre en falta grave.

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en España ha considerado, además de los casos previstos, como fuerza mayor, la guerra y la huelga.

Los hechos o actos de la administración pública que son calificados como casos de “fuerza mayor” y generadores de indemnización, son aquéllos que producen avería, pérdidas de tiempo o perjuicios en la ejecución de la obra pública: hechos o actos vinculados mediata o inmediatamente a la construcción.

Teoría de la imprevisión

En un principio el Consejo de Estado Francés no veía en los contratos administrativos, más que el texto expreso de las cláusulas contractuales del pliego de condiciones y de la ley, admitiendo íntegramente el principio de la **autonomía de la voluntad**. Hechos posteriores de trascendental importancia en la vida de los pueblos, obligaron a variar la jurisprudencia sustentada en aras de beneficiar al “servicio público”, ya que a todos importaba mantenerlo, en razón de su “interés social”.

Es de la magistral conclusión de M. Chardenet de donde el Consejo de Estado sacaría los fundamentos que dieron origen a la “Teoría de la Imprevisión” o del “Riesgo Imprevisible” (1), que ocupa lugar preferente sobretodo para el Derecho Administrativo. Esta Teoría ha cambiado el concepto que se tenía de la doble personalidad del Estado respecto a su actividad (como gestor de bienes privados o receptor de intereses colectivos). Se fijó que el Estado es una unidad jurídica, ya ejerza actos que satisfagan intereses sociales o particulares. El servicio público es lo único que debe satisfacerse.

“La teoría del “riesgo imprevisible” es una consecuencia de la evolución de la idea de justicia. Los romanos no concibieron la teoría de la imprevisión. Se daba importancia a la fuerza obligatoria del contrato que debía ser mantenido y respetado. En el Derecho Canónico, Cicerón y Santo Tomás de Aquino consagran, en sus principios filosóficos, con bastante fuerza, la teoría de la imprevisión. Estos principios son el fundamento de la cláusula “rebus sic stantibus”, sacada de los glosadores (el más célebre, Bartolo). Debido al cambio en la condición de la persona, los viejos autores es-

(1) Ver: Revista Jurídica Argentina “La Ley”, Tomo 28, pág. 902. “El Riesgo imprevisible en la Contratación Administrativa”. (P. G. Altamira).

tudiaban la aplicación de dicha cláusula y decían que la convención no conserva su fuerza obligatoria más que bajo la reserva de que se mantenga el estado de hecho. En el viejo derecho francés se hacía frecuente aplicación de ello; pero en el Código Civil de 1804 la teoría de la “autonomía de la voluntad” hizo que desapareciera. Según esta teoría, las partes están unidas por el consentimiento que han dado y nadie, ni el mismo tribunal, puede absolverlas. En Alemania, la admisión de la teoría de la imprevisión se debe a los escritos de Grocio y Puffendorf.

Esta reseña nos muestra el antecedente inmediato de la teoría que examinamos, la cláusula “*rebus sic stantibus*”. El origen de la teoría se remonta al año 1880. Antes de ese año, los convenios de la Administración Pública con sus concesionarios para realizar obras o servicios públicos no eran más que las cláusulas expresas del pliego de condiciones, aplicando el principio de “autonomía de la voluntad”. Este criterio podía acarrear la ruina del concesionario. Después de esa fecha comenzó a vislumbrarse la importancia del “servicio público” y, al comprenderse su significado, cedió el principio de la autonomía voluntarista reemplazando ese concepto por el de la flexibilidad del pliego de condiciones, siempre que fuera en obsequio del servicio público. Bajo esta impresión jurídica se suscitó, en 1916, el pleito entre la ciudad de Burdeos y la Compañía de Gas que la abastecía y, por influjo de las magistrales conclusiones del Comisario de Gobierno, el Consejo de Estado sacó los fundamentos que dieron origen a lo que hoy conocemos con el nombre de “Teoría de la imprevisión”.

Se pretendió encontrar su base en principios jurídicos o éticos aplicables a los contratos, como: el error sustancial, la falta de causa, el enriquecimiento injusto en la cláusula “*rebus sic stantibus*”, la fuerza mayor, los principios de equi-

dad, la buena fe, la noción de equivalencia, pero ninguna satisface ampliamente las exigencias por ella requeridas.

El "error sustancial" se relaciona con las condiciones de capacidad de los sujetos contratantes. La "falta de causa" es una deliberación previa en la que se fija el motivo determinante y su objeto o fin. El "enriquecimiento injusto" es el desplazamiento de la fortuna de una persona a otra contra la voluntad de la parte perjudicada; una relación de daño a beneficio sin causa justificada. La "fuerza mayor" es todo acontecimiento extraordinario que no pudo preverse o evitarse. La "equidad" interpreta la ley, la completa, la rectifica. La "buena fe" es el alma de todas las relaciones contractuales. La "noción de equivalencia" es la perfecta equiparación entre los intereses opuestos de las partes.

Estos son algunos de los muchos argumentos con que se pretendió cimentar la teoría que examinamos; ninguno satisface los requisitos exigidos, pero se aprovecha algo de todos.

La teoría de la imprevisión se aplicará en un contrato donde todas sus cláusulas puedan ejecutarse y no haya nada que impida su cumplimiento. Con posterioridad pueden surgir acontecimientos anormales que graven los medios del concedente para cumplir con lo estipulado. Estos gravámenes pueden ser de tal magnitud que, de continuar a costa exclusiva del obligado, en un momento se encontraría impotente para continuar prestando su cooperación, lo que iría en perjuicio del servicio público. Ampararlo no es beneficiarlo; sino, colocarlo en situación de asegurar ese servicio público; se hace indispensable, entonces, que el Estado arbitre un procedimiento para evitar la quiebra del concesionario. Su objeto es llevar una ayuda financiera temporaria para impedir que el concesionario llegue a la ruina e interrumpa su colaboración al servicio público.

La teoría de la imprevisión no tiene por fin reparar

un perjuicio. El acontecimiento que puede surgir debe ocasionar cargas excepcionales o extraordinarias.

La característica de la teoría de la imprevisión es la indemnización a que se hace acreedor el concesionario perjudicado por causas extrañas a la voluntad de los obligados.

Esta teoría es sólo aplicable a contratos de vigencia prolongada; es inaplicable en la compraventa al contado y en los contratos civiles.

Esta teoría se funda en la noción de “utilidad general”, según Magnan de Bornier; en el elemento “institucional social”, según Hauriou y en el “equilibrio de intereses”, según Lenel.

Cesión

En principio, toda cesión de obligaciones administrativas debe ser hecha con la aprobación de la autoridad correspondiente, ya que si no fuera expresamente autorizada no confiere derechos frente a la administración, quien se reserva la facultad de aceptar o rechazar aquéllas. Esto se basa en que el particular que contrata con ella un servicio, realiza por delegación un servicio público, es decir; es un medio de que se vale la administración para cumplir una parte de su cometido.

La cesión se puede efectuar en el momento de la subasta; en caso de quiebra o muerte del contratista, si el Síndico o los herederos ofrecen llevarla a cabo en las condiciones estipuladas por su anterior obligado, se produce la cesión, siempre que esa oferta sea aceptada en forma expresa por la administración. Si bien la Constitución Nacional — Art. 40. última parte— consagra la Estatización de los servicios públicos, es principio generalmente aceptado por la teoría, su concesión a cooperativas desde que a éstas no las anima propósitos de lucro sino de beneficio general y cuando nos referimos a **concesión** aludimos a esta forma de explotación.

Extinción

Los contratos administrativos terminan normalmente cuando se han cumplido las condiciones estipuladas en el modo, tiempo y forma convenidos. Cuando la extinción es anormal, tenemos la nulidad, la rescisión y la caducidad.

a) **Nulidad**: Existe cuando el acto está viciado en términos que no permiten que alcance los efectos deseados a causa de que le falta uno de sus requisitos esenciales de sustancia o forma, o porque es contrario a normas inderogables de derecho o de principios fundamentales de orden público. En materia administrativa, la omisión de cualquiera de las formalidades que constituyen la esencia del contrato, produce la nulidad.

b) **Rescisión**: Esta presupone un contrato válidamente celebrado y es, precisamente, una consecuencia del mismo. Puede declararse la rescisión del contrato fundándolo en la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el concesionario y, además, demandarlo por daños y perjuicios.

c) **Caducidad**: Se produce por el vencimiento del término estipulado para el cumplimiento de la concesión o ejecución de la obra. Caduca también la concesión, según la Ley 5315 en su art. 50, si el concesionario no firmase el contrato, ni presentase los títulos completos, ni diese principio a las obras dentro de los plazos fijados y el art. 6º dispone que por cada mes de retardo en la terminación de los trabajos, la empresa abonará una suma que fijará el Poder Ejecutivo en el pliego de condiciones y que se tomará del depósito que aquel deberá efectuar como garantía.

d) **Abandono**: Es, de todos los medios de caducidad, el menos importante. Tiene lugar cuando el concesionario ha dejado de cumplir con el servicio porque no le rinde los beneficios que de él esperaba.

Caracteres

Los Contratos Administrativos difieren de los demás en la forma de que se valen aquéllos para constituir el **consentimiento**; varían en la **capacidad**, que en los de Derecho Público es legal o reglamentaria; en su **objeto**, que en éstos es el servicio público; en su **fin**, que es la **utilidad pública** o el interés general y, por último, en la **forma** que debe ser siempre instrumental.

En los Contratos Civiles, las partes fijan sus cláusulas y éstas son permanentes e incommovibles, mientras los sujetos intervinientes no las modifiquen, y esa será la expresión del contrato; en cambio, en los administrativos, lo arraigado e inmodificable es el contenido, la expresión del contrato ha de atenerse al servicio público, sufriendo y permitiendo todas las vicisitudes, cambios y modificaciones que ese servicio exija.

Muchos son los autores que han tratado de darnos una fórmula que caracterice y distinga el dominio de los contratos administrativos, pero al fin, ante la imposibilidad de llegar a una solución concreta, lo dejan librado a la jurisprudencia que, al resolver cada caso particular, nos dará la solución definitiva.

Así Duguít (*Traité de Droit Constitutionnel*, pág. 41) dice: "En sus elementos intrínsecos un contrato tiene siempre los mismos caracteres".

M. Labbé dice: "Cuando el Estado obra como un particular, en las mismas condiciones que un industrial o un comerciante ordinario está sometido, como aquéllos, a los Tribunales de derecho común".

Gastón Jéze nos da un criterio por el cual caracteriza y distingue un contrato de Derecho Público de uno de Derecho Privado. Ha propuesto cuatro condiciones: 1º) Es necesario un acuerdo de voluntades entre la administración y un par-

ticular; 2º) Este acuerdo de voluntades tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o servicios personales mediante una remuneración; 3º) La prestación provista por el individuo está destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público; 4º) Las partes, por una cláusula expresa, por la forma misma dada al contrato, por el género de cooperación dada al contratante o por otra manifestación de voluntad, se entienden someter al régimen especial del Derecho Público.

Esto último, en las condiciones actuales en que se lo considera al Estado es decir, actuando con doble personalidad, como persona del Derecho Público y del Derecho Privado, nos da la clave para caracterizar, por lo menos de un modo general, al contrato administrativo.

SEGUNDA PARTE

Su Jurisdicción y Competencia .

La finalidad o el objeto del Derecho es la justicia. Todo individuo que se pretenda lesionado por la violación de una regla de derecho debe, necesariamente, encontrar un Juez. No existe un Juez único, susceptible de resolver todas las cuestiones litigiosas que se le planteen; ese es el motivo por el cual hay jueces de distintas jurisdicciones y especies. El litigante debe conocer con exactitud cuál es el Juez apto para dilucidar su acción. Las reglas de la competencia responden a esta necesidad.

Se define a la competencia como el grado de aptitud de un Juez para conocer de una acción o de una defensa. Las reglas de la competencia no tienen todas la misma fuerza, ni producen los mismos efectos, por lo que es necesario distinguir las reglas de competencia absoluta de las de competencia relativa. Las primeras son de orden público y las segundas han sido dadas como una forma de dividir el trabajo de los magistrados para una mayor comodidad de las partes, y teniendo en vista el interés privado.

Creo de interés didáctico hacer un breve estudio sobre la forma y organización de los tribunales, en materia administrativa, en Inglaterra, Alemania, Francia, Italia y EE. UU. de Norte América.

Inglaterra

La jurisdicción administrativa inglesa, siguiendo el sistema político normando, no establecía distinción entre las autoridades judiciales. Todos los poderes se hallaban en manos de la corona. La mayoría de los funcionarios importantes desempeñaban funciones administrativas y judiciales, por cuanto eran considerados como simples servicios de S. M. el Rey. Si una persona se sentía agraviada por el acto de un funcionario, tenía derecho de apelar a la corona. Esta apelación se dirigía por intermedio de un Tribunal denominado "Banco del Rey" y, en respuesta, dicho Tribunal dirigía cierto "writs" al funcionario de cuya decisión se apelaba. El canciller, mediante el ejercicio de la jurisdicción retenida por el Monarca, expedía resoluciones llamadas de "equidad" de las cuales, las más importante desde el punto de vista administrativo, era la orden de suspender un procedimiento.

El Consejo Privado venía a constituir otro Tribunal; el Rey concedió a una sección del mismo, llamada "Cámara Estrellada", la parte administrativa y actuaba como el Superior Administrativo en las resoluciones dadas por las autoridades de las distintas localidades; las resoluciones de esta Cámara sirvieron, en un principio, para proteger a las clases débiles contra la prepotencia y arbitrariedades de las de las autoridades administrativas. Más tarde, este Tribunal se abolió y se formó en su lugar el Tribunal de Secciones Trimestrales de los Jueces de Paz, de las que había de surgir luego, en cada condado, un Tribunal Judicial, con competencia administrativa.

Recién en 1701 los jueces fueron en absoluto independientes del poder real y conservaron, en lo esencial, su jurisdicción judicial, con alguna ingerencia en materia administrativa; sus resoluciones adquirieron un carácter absolutamente judicial por cuanto fueron ejercidas por autori-

dades judiciales administrativas, independientes de la administración a ella sometida.

Organización de los Tribunales Administrativos en Alemania

En Alemania los Tribunales Administrativos son numerosos aun cuando su jurisdicción es muy limitada, ya que cada uno entiende en la decisión de cierta clase de casos.

Los Tribunales Administrativos Prusianos son modelo de Tribunales Administrativos y se han ajustado, en gran parte, al ejemplo de los Tribunales de Francia. Se dividen en Tribunales de Primera Instancia y de Apelación aunque para una cantidad de casos hay tres instancias, porque los Tribunales de Apelación a veces son Tribunales de Primera Instancia. Los prusianos, como los franceses y los italianos, al establecer la jurisdicción de apelación, han reconocido la importancia que tiene el que los jueces administrativos sean versados en Derecho Administrativo, y para ello han adoptado prácticamente el mismo sistema.

Tribunales Administrativos en Francia

Francia ha fundado, puede decirse, el sistema moderno de tribunales especiales en materia administrativa y ha conferido a esta jurisdicción la debida importancia.

Los tribunales administrativos franceses son:

- a) Consejo de Prefectura
- b) Tribunales Administrativos Especiales
- c) El Tribunal Administrativo Supremo.

Italia

En Italia se dejan libradas a la jurisdicción ordinaria, todas las causas por contravenciones o en las que se trata de un Derecho Civil o Político, aunque en ellas pueda estar interesada la administración pública y pese a que el Poder Ejecutivo o la autoridad administrativa hayan dictado resolución al respecto. Los asuntos no comprendidos en el párrafo anterior corresponden a la autoridad administrativa.

Estados Unidos de Norte América

Originariamente, los tribunales, en general, estaban organizados igual que en Inglaterra. Cuando se consideró necesario reunir los numerosos asuntos que contra el Estado se tramitaban en los tribunales federales, se crearon las Cortes de Reclamo, de modo que lo que pudo ser materia del conocimiento de tribunales administrativos quedaba como antes, aunque sometido a una competencia especializada de la jurisdicción única.

Cuando algún acto administrativo ataca el interés de un particular, el agraviado puede recurrir, con su acción, en contra de la autoridad del que emanó la medida que lo perjudicó; a la Suprema Corte o a los Tribunales Superiores del correspondiente Estado, pidiendo anulación o indemnización a que se crea acreedor.

Es allí donde tuvo nacimiento la teoría de que al Estado no se lo puede demandar sin su consentimiento, es decir, sin que el Poder Legislativo le otorgue la autorización necesaria para ello, principio adoptado por nosotros, hasta que se promulgó la ley 11.634 de setiembre de 1932.

Tribunales Administrativos Argentinos

Entre nosotros, como en Francia y demás países europeos, existen tribunales administrativos especiales para resolver cuestiones de carácter administrativo; en el orden nacional hay tribunales especiales de lo Contencioso Administrativo, y en las provincias, los Tribunales Superiores son los encargados de esta clase de contienda. Existen criterios básicos que determinan cuándo un asunto es de competencia de los tribunales civiles y cuándo lo es de competencia administrativa. Así, el art. 1º dice: "Corresponde la jurisdicción contencioso-administrativa a las causas que se promuevan por parte legítima reclamando de resoluciones del P. E. de la Pcia, de las Municipalidades o de otras autoridades administrativas, provinciales ó municipales, con facultad para decidir en última instancia, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que la resolución cause estado; b) que emane de la administración en ejercicio de facultades regladas; c) que vulnere un derecho de carácter administrativo establecido con anterioridad a favor del recurrente por una ley provincial, ordenanza, reglamento, concesión o contrato de servicio público ú otra disposición administrativa preexistente".

La H. Legislatura de Córdoba ha dictado la ley 3897 del 22/3/41, que regla el procedimiento para lo contencioso-administrativo, atribuyéndole, por el art. 10, al Tribunal Superior de Justicia, el conocimiento originario en las causas de esta materia.

Si bien es cierto que hay una cantidad de normas dispersas que reglan la materia administrativa, no lo hacen en forma organizada y sistemática; son leyes especiales para reglar un grupo de actos conceptuados como administrativos, dado que las dificultades de toda índole que a diario se presentan, son muy numerosas.

Tribunales Arbitrales

Etimológicamente la palabra “árbitro” proviene de la palabra latina **adbiter**, formada de la preposición **ad** y del antiguo verbo **bitor**, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia.

Sin embargo, se deduce generalmente la etimología de esta palabra de **arbitrium**, **arbitrando**, **arbitratus**, porque el árbitro es elegido por voluntad o arbitrio de las partes o porque se pone en su mano la decisión y fallo del negocio.

De aquí se deduce la palabra **arbitraje**, para indicar la autoridad o jurisdicción que adquieren los árbitros por el compromiso como, igualmente, el mismo juicio arbitral. El arbitraje en general, es la facultad conferida por los litigantes a particulares sin autoridad judicial para conocer de sus controversias; puede ser voluntario o forzoso.

Voluntario es el que las partes le confieren, sin que la ley le obligue a ello a un tercero, para que éste dilucide sus cuestiones.

Forzoso es el que confiere, por mandato de la ley respecto de determinados negocios, su resolución definitiva a un tercero.

Ha sido muy largo el camino que ha tenido que recorrerse, para que el Estado haya consentido en someter, a decisión de la justicia, sus controversias con los particulares; sólo se ha llegado a ello en la época contemporánea y todavía con un gran número de restricciones.

La jurisdicción arbitral, que es una institución establecida por nuestra ley para solucionar solamente cuestiones de Derecho Privado, no puede amoldarse con la persona del Estado, poder soberano del Derecho Público. En nuestro país existen hoy tribunales especiales, como existen en algunos Estados europeos, para resolver esta clase de litigios,

por lo que ya no es necesario arbitrar medios para poder solucionarlos.

Es concebible someter al Estado, persona del Derecho Público, a la jurisdicción arbitral, cuando la naturaleza del acto lo permita, es decir, cuando sólo tenga por objeto resolver cuestiones técnicas, que hasta cierto punto escapan a la competencia de los tribunales de justicia. La Suprema Corte ha establecido que para llevar a la jurisdicción arbitral cuestiones de detalle o de carácter técnico que, sucesiva o simultáneamente pudieran surgir entre el Poder Ejecutivo y el concesionario, se explica la intervención de árbitros, con preferencia los jueces de Derecho, dado que son complejas y difíciles a causa de la diversidad de elementos de orden pericial que concurren en ellas.

Cuando se somete a un tribunal arbitral la interpretación de un contrato de servicio público, se parte, en mi concepto, de un criterio erróneo, por cuanto considera a la concesión como un contrato de Derecho Privado; no hay que olvidar que en materia administrativa, cuando el poder público otorga una concesión para cumplir un servicio público, delega en el concesionario parte de su autoridad y, por consiguiente, un contrato de esta naturaleza conserva siempre su carácter público.

El Estado, poder soberano, abdicaría su dignidad si sometiera al fallo de árbitros privados la existencia o extensión de sus facultades gubernativas.

La persona del derecho público, al someter sus contiendas a decisiones de un tribunal arbitral, tendría fatalmente, que renunciar a su autoridad soberana, para acatar silenciosamente las resoluciones por aquél adoptadas, y ésta es una cualidad irrenunciable para el Estado, por cuanto le es inherente y hasta sería impropio y peligroso violentar el sentimiento expreso de una cláusula de concesión, por ejemplo, para autorizar a los empresarios particulares a nom-

brar árbitros que resuelvan definitivamente sobre sus contiendas; máxime cuando la Constitución y las leyes le crean los jueces necesarios para dirimir sus contiendas, sin necesidad de ver menoscabada su autoridad, al tener que renunciar a parte de su personalidad para someterse a las decisiones de los arbitradores.

Cuando el Estado acepta las resoluciones emanadas de los jueces competentes, su autoridad no se ve menoscabada ni disminuída, ya que aquéllos están investidos por la Constitución y por la ley, de igual autoridad a la que el Estado administrador tiene, en otro orden de jurisdicción.

A los inconvenientes apuntados, que son, por otra parte, insubsanables y que imposibilitarían, por lo ya dicho, someter en un Tribunal arbitral las cuestiones que se suscitan con motivo de la ejecución de un contrato celebrado por el Estado en su carácter de persona del Derecho Público, que es como actúa siempre, podrían sumarse otros no menos importantes, como sería el hecho de que no puede someterse a la jurisdicción de dicho Tribunal arbitral nada más que las cuestiones tasativamente especificadas en el acta de constitución; y si luego de formalizado el mismo, surgieran cuestiones imprevistas, ya escaparían a la competencia de dicho Tribunal, creando un nuevo inconveniente, ya que si en esta cuestión nueva que se suscita entendieran estos árbitros nombrados, sería nulo, desde que no pueden extender su acción más allá de los estrechos límites previstos.

Así lo ha resuelto, por otra parte, nuestra Suprema Corte.
