

## *Capítulo XXVI*

### *LA MUTACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO<sup>1</sup>*

Por AGUSTÍN GORDILLO

Estar en estas Jornadas de homenaje a JULIO COMADIRA es un acto mínimo de homenaje a quien creara este trascendente evento científico y académico nacional, que continuamente seguimos viendo y haciendo merced a la participación que se nos brinda, disfrutando y aprovechando humana y científicamente. Pero también parece de algún modo contrariar el hecho que sabemos, sentimos, que su espíritu y casi hasta su persona están firmemente presentes entre nosotros, indeleblemente marcados en nuestros corazones y en nuestra mente.

Todos vivimos hoy esta singular experiencia espiritual, todos estamos de alguna manera dirigiéndonos a él como si estuviera entre nosotros, puesto que efectivamente lo está. Es en esa tónica que escribí y publiqué mi homenaje póstumo en los siguientes términos:

“[...] recordamos a JULIO RODOLFO COMADIRA: Su serena e inmovible fe en el Señor le hará más fácil comprender lo que a los demás nos cuesta tanto, verlo irse de entre nosotros cuando estaba en plena producción de su madurez científica, aún joven, lleno de proyectos, de vida, de libros, de ideas, de intensa actividad académica creadora. Nos queda al menos el consuelo de que ciertamente descansa en la paz del Señor. Julio, te extrañamos y te queremos mucho.”

El tema que concita puntualmente mi presencia es un tema que le era muy caro a COMADIRA, que iniciaba cada año de la maestría convidando a los autores en disputa en el tema de contratos administrativos y agregando mi nombre. Este año no pude estar, y hago ahora públicamente mi toma de posición en la controversia que iniciara MAIRAL acerca de la peligrosidad de la teoría del contrato administrativo. Uno de los contendores en la disputa reprochaba mi silencio y parece entonces hora de brindarle su respuesta.

<sup>1</sup> Publicado originalmente en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, RAP, 2007, pp. 835-8.

Empiezo por recordar a mi querido amigo y maestro JORGE TRISTÁN BOSCH que una vez me dijo: “Mire Gordillo, está muy bien todo lo que usted hace para que el derecho administrativo no lesione las garantías individuales, ¿pero no cree que sería mejor eliminarlo directamente?”

Algo parecido es lo que nos plantea MAIRAL, y ha sido otro jurista del derecho administrativo argentino, que al participar en la elaboración del Decreto N° 1.023/01 viene a darle plenamente la razón, demostrando su extrema peligrosidad en manos de funcionarios públicos no siempre caracterizados por la honestidad ni la razonabilidad. Una o la otra pueden faltar, pero más a menudo faltan ambas, repotenciadas al amparo de las normas y principios que algunos de los cultores de esta rama del derecho argentino contemporáneo fueran desarrollando últimamente para hipertrofiar las potestades de la administración y atrofiar los derechos de los particulares. Ahora les ha tocado sufrir el destino que les avisara BRECHT: “Hoy vienen por mí, mañana vendrán por tí.” Ahora vinieron por ellos.

Ese decreto, más allá de todas las peripecias del debate que iniciara MAIRAL, es la demostración más terminante que sea posible de esa peligrosidad, como lo demuestra el trabajo que publicara el mismo MAIRAL en el libro colectivo *El contrato Administrativo* en la actualidad de la editorial La Ley, en el año 2004, bajo el título “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” cuya lectura enfáticamente recomiendo desde mis notas al *Curso de Derecho Administrativo* de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, que acaba de editar La Ley en la Argentina hace pocos días.

Los sucesos que brindan en los últimos años las emergencias permanentes provocadas desde el mismo poder público, como lo ha hecho notar entre otros ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, demuestran todavía más, que las restricciones transitorias a nuestros derechos duran más que nuestra vida física y se transforman, para cada individuo en particular, en permanentes por lo que a su ciclo vital se refiere.

Ya antes había dicho MAIRAL, a su vez recordado por PÉREZ HUALDE: “Cuanto más desordenado es un gobierno, más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene.” Me refiero a su trabajo “El impacto de la crisis económica en el derecho” publicado en *Doctrina Pública*, XXVI-2, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 239-245.

La intervención del Estado en la economía se ha desbordado nuevamente, volviendo a tiempos pretéritos con el agravante de que ahora se hace en el marco de esa emergencia perpetua y todo lo que ello conlleva en materia de una peligrosísima hiperconcentración del poder presidencial. El Presidente de la Corte Suprema nos dice el 10 de mayo en *Jurisprudencia Argentina*: “La democracia sin república no sólo es contraria a la Constitución, es también extremadamente peligrosa.”

Pero si esto lo tiene que decir en un artículo de doctrina es porque el tribunal mismo, sea el supremo o los de grado, no llega a tiempo con sus pronunciamientos para frenar el fenómeno en ciernes; no cuando se halla plenamente consumado.

Es que, como decía en privado alguna vez GARCÍA PULLÉS, ya parece no importar a nadie salvo a algunos juristas del derecho administrativo, si una norma es de rango legislativo o administrativo, basta que sea una norma escrita emanada del Estado. La justicia cada vez llega menos a tiempo, agotada por el desborde del corralito, para impedir que esos despropósitos sean parte integrante del derecho administrativo viviente, real, punzante, hiriente.

Los fallos están cada vez más distanciados en el tiempo a contar de la perpetración del daño, y por ende cada vez resultan más inapropiados para impedir la prevención de daños, por más activismo judicial que haya en tal sentido, recordando las palabras que también emplea PETRACCHI en su artículo “Derechos Humanos y Poder Judicial” de *Jurisprudencia Argentina* del 10 de mayo, ya citado y aparecido hoy.

El control de los servicios privatizados no tiene la contundencia que debiera, porque en primer lugar se debe transar constantemente acerca de cuántas violaciones a sus derechos estarán los contratistas dispuestos a aceptar, por cuánto tiempo, cómo, hasta dónde, mientras las inversiones se paralizan, los servicios se tornan nuevamente obsoletos y además escasos.

Se puede así reconstruir un viejo chiste de la época del “rodrigazo” diciendo que hay una noticia mala y otra noticia mala. La primera noticia mala es que los servicios van a ser cada vez peores; la segunda noticia mala es que no van a alcanzar para todos y quizás para nadie, en pocos años más.

Casi no puede decirse que exista contrato administrativo que funcione, hoy, al menos contrato administrativo que tenga algo que ver con lo que los libros explican y enseñan. La tesis de MAIRAL se ve así también corroborada por los hechos del presente y por el germen de futuro que se avizora en el horizonte, no porque necesitara de comprobación sino porque la historia se ha encargado de reforzarla, por si alguien se animara a abrigar dudas sobre la peligrosidad de la noción, que es la peligrosidad a la que han llevado a todo el derecho administrativo algunos cultores del derecho administrativo a favor del poder de turno, permanentemente del lado del poder, sin importar quién lo ejerza. Hay hasta un clima de temor, como lo dijera con ejemplos PEPE ELIASCHEV el 7 de mayo en Perfil, bajo el provocador título “Síndrome de Estocolmo.” Amamos a quien nos priva de la libertad.

No hay en la actualidad contrato administrativo que no sea peligroso para los derechos del contratista, lo que tampoco se traduce en tutela del usuario y del consumidor, aunque la CSJN en el fallo *Ferreira* de marzo del corriente año trate de revertir la tendencia iniciada en *Colavita*. Sendos comentarios del día de hoy, de JORGE M. GALDÓS en *Jurisprudencia Argentina* con fecha 10 de mayo, y de JOSÉ LUIS CORREA en La Ley de hoy viernes 19, lo explicitan y a ellos me remito.

Al contrato entre particulares no le va mejor, es cierto, como también lo explicara MAIRAL, pero allí al menos la reacción jurisprudencial es más inmediata

y busca soluciones de contemporización que no satisfacen a nadie, deudores ni acreedores.

Pero en el derecho administrativo el problema es mucho más de fondo, porque ya parece estar armado para favorecer los negociados y la corrupción, la lisa y llana extorsión al particular, como lo explica MAIRAL en *Las bases legales de la corrupción*, un libro de próxima aparición por la editorial Rap que dirige nuestro común amigo EDUARDO MERTEHIKIAN, desde la colección de monografías que iniciará dentro de dicha editorial la nueva revista *Res publica Argentina*, y que MAIRAL me ha brindado el honor de pedirme que lo prologue.

El contrato administrativo, al que siempre expliqué en términos descriptivos conforme lo que parecía ser hasta entonces el estado de nuestra legislación y nuestra jurisprudencia, sigue en acelerada mutación, y esa acelerada mutación lo ha colocado en el centro de la prevención que anunciara MAIRAL hace años, la primera vez, con carácter general, en 1971, en la *Revista de la Unión Industrial Argentina*, que cito en *La administración paralela*.

Hoy la descripción ya no puede más ignorar cuál es la realidad que subyace a la relación. Utilizando palabras del propio presidente de la CSJN en el citado artículo del 10 de mayo en *Jurisprudencia Argentina*, se trata nada más y nada menos que de “comprobaciones empíricas en las que prevalece su inmediata comprensión por encima de toda pretensión intelectual.”

En lugar de fin de la historia, PETRACCHI habla allí de la “aceleración de la historia” y su sentido originario lo apropio para mí en este contexto del derecho administrativo argentino actual, en que la mutación del contrato administrativo parece estar en permanente y creciente aceleración, en la demostración irremediable de su probada y cada vez mayor peligrosidad.

El debate que iniciara MAIRAL ha concluido. Tenía razón. Hoy está demostrado en los hechos.