

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
(1967)

SUMARIO

1. Teoría antigua, negatoria de los contratos administrativos	807
2. Teoría clásica, que admite una distinción entre contratos civiles y administrativos	808
3. La subordinación como nota distintiva del contrato administrativo clásico	809
4. Caracteres clásicos del contrato administrativo	809
5. Crisis y evolución del clásico contrato administrativo.....	811
6. Evolución del contrato “privado” de la administración.....	813
7. Conclusión.....	814

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS* (1967)

1. Teoría antigua, negatoria de los contratos administrativos

Existen distintas orientaciones en el mundo acerca del concepto y de la existencia misma de los contratos administrativos.

En una primera orientación, la más antigua, se entiende que todos los contratos celebrados por la administración están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados. Esta es por ejemplo la solución todavía imperante en la doctrina alemana.¹

* Publicado originalmente en *Derecho Administrativo de la Economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, p. 333, reproducido en el libro *Contratos Administrativos*, t. I, Buenos Aires, Astrea, reimpresión 1982, pp. 9-19. Bibliografía: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La figura del contrato administrativo," *Revista de Administración Pública*, N° 41, Madrid, 1963, p. 99 y ss.; BOQUERA OLIVER, J. M., "La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española," igual revista, N° 23, p. 193 y ss.; LAUBADÉRE, ANDRÉ DE, *Traite Théorique et Pratique des Contrats Administrés*, Paris, 1956; HAINAUT, J. P. y JOLIET, R., *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, Bruselas, 1963; LAMARQUE, JEAN, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, 1960; FLAMME, MAURICE, *Les marchés de l'Administration*, Bruselas, 1955; BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952. Entre las obras generales puede verse en particular SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 528 y ss.; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 435 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1961, t. II.

¹ Ver HAINOT, J. P., y JOLIET, R., *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, Bruselas, 1963, t. II, p. 70; FROMONT, MICHEL, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, París, 1960, p. 188. Igual solución en el derecho austriaco: GIACOMETTI, Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, 1960, p. 442. Si bien la señalada es la solución imperante, la doctrina alemana no es pacífica y algunos autores defienden la existencia de este tipo de contratos: Así HELFRITZ, HANS, *Verwaltungsrecht*, Hannover, 1949, p. 43.

2. Teoría clásica, que admite una distinción entre contratos civiles y administrativos

En una segunda orientación, hasta hoy dominante, se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración, los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país de que se trate. En general prevalece la idea de que un contrato celebrado por la administración puede ser un contrato administrativo en virtud de una cualquiera de las siguientes causas:

a) Por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común. Tal sería el caso, en nuestro país, del contrato de obras públicas (ley 13.064), del contrato de suministros (decreto 5720/72, reglamentario de los arts. 55 y ss. de la ley de contabilidad, decreto-ley 23.354/56), y del contrato de empleo público, si es que se reconoce carácter contractual a la relación que une al funcionario o empleado con el Estado. (Decreto-ley 6666/57.)

b) También puede reconocerse carácter de “contrato administrativo” al celebrado por la administración bajo “cláusulas exorbitantes” al derecho común, esto es, cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas. Si la administración, en consecuencia, incluye en un contrato que celebra, cláusulas por las que puede aplicar ella misma y ejecutar también por sí ciertas penalidades (multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, etc.), por las que se exime de responsabilidad por falta de pago o por mora en los pagos, salvó el reconocimiento de reducidos intereses, por las que excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato, etc., entonces es obvio que el contrato ha quedado automáticamente sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración.²

c) Por fin, aunque un contrato celebrado por la administración no esté incluido en el derecho público por disposición de la ley ni por la voluntad expresa o implícita de las partes al incluir cláusulas exorbitantes al derecho privado, puede todavía ser un contrato administrativo si se refiere al funcionamiento de un servicio público (por ejemplo, el contrato de concesión de servicios públicos) o si tiene por objeto asociar al contratante a la gestión de un servicio público;³ dicho

² Ver LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traite élémentaire de droit administratif*, 3ª ed., París, 1963, t. I, p. 284 y ss.; WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, 9ª ed., París, 1963, p. 572.

³ Ver LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 284-5 y 287.

en otras palabras, algo más amplias, si tiene un fin público o puede afectar en su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva.⁴

3. *La subordinación como nota distintiva del contrato administrativo clásico*

En esta corriente que distingue los contratos privados de la administración de los contratos administrativos alternativamente por: 1º) La disposición expresa o implícita de la ley, 2º) la voluntad expresa o implícita de las partes, 3º) el objeto del contrato,⁵ se señala que hay todo un régimen jurídico específico para regular los contratos administrativos, que se caracterizará por la subordinación del co-contratante respecto de la administración.⁶ Esta relación de supremacía o subordinación no se asemeja a la subordinación que puede existir en el derecho privado entre el patrón y el empleado, pues esta última subordinación es económica, mientras que la primera es jurídica. El empleador en el derecho privado no está en una relación contractual de supremacía, pues el orden jurídico le otorga mayor protección al empleado, precisamente para equilibrar la superioridad económica del patrón. En el contrato administrativo, de acuerdo a la concepción que analizamos, el que contrata con la administración *no sólo está en una situación de inferioridad económica sino que también lo está desde el punto de vista jurídico.*⁷ El régimen del contrato administrativo, en esta concepción, no trata de compensar la inferioridad del co-contratante, sino que por el contrario la acentúa, reconociéndole a la administración una larga serie de atribuciones de todo tipo que han llevado a la antedicha conclusión de que en el contrato en cuestión existe una relación de subordinación del co-contratante respecto del Estado.

4. *Caracteres clásicos del contrato administrativo*

Entre los aspectos más característicos del régimen del contrato administrativo se encuentran:

1º) *La limitación de la libertad contractual de las partes*, pues la administración está constreñida a seguir los procedimientos de contratación fijados por la ley, y el contratista está más limitado aún, por la ley y por los pliegos de condiciones impuestos por la administración, lo que hace que el contrato sea típicamente un contrato de adhesión.

⁴ En este sentido BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 214.

⁵ Esta es en general la orientación prevalente, pero hay otros criterios de menor importancia, hoy ya desechados: a) El criterio formal, de acuerdo al cual si se ha hecho licitación pública, adjudicación, etc., y hay un pliego de condiciones —elementos todos propios de las formas de los contratos administrativos— habría contrato administrativo; b) el criterio de la jurisdicción, de acuerdo al cual si corresponde la jurisdicción llamada “contenciosoadministrativa” el contrato es administrativo, etc.

⁶ BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 213.

⁷ Comparar BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 219.

2°) *La desigualdad jurídica de las partes*, que se traduce en que la administración pública tiene respecto al contrato la atribución de “a) adaptarlo a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del contratante; b) ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de éste; y c) dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del co-contratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan.”⁸

3°) *La mutabilidad del contrato*, manifestada en la circunstancia de que si el interés público lo justifica, podría adaptárselo y modificárselo; dicho de otro modo, su *flexibilidad*, frente a la rigidez de los contratos de derecho privado.

4°) La peculiaridad de que el contrato administrativo puede producir *efectos frente a terceros*, cosa que no ocurre en el contrato de derecho privado: Un ejemplo de estos efectos es la tasa que el concesionario de un servicio cobrará a los usuarios, a raíz del contrato de concesión.⁹

5°) “El privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento judicial, que impone al co-contratante la obligación de su cumplimiento inmediato.”¹⁰ “En mérito a este privilegio especial, la administración puede decidir ejecutivamente sobre la perfección del contrato y su validez, sobre su interpretación, sobre la revisión y modificación de las prestaciones debidas por el co-contratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones y haciéndolas efectivas... El co-contratante debe obedecer, y sólo le es dado recurrir *ex post*, contra las resoluciones administrativas, dentro de los plazos que establezca el ordenamiento jurídico.”¹¹

6°) La facultad administrativa de imponer sanciones al contratista por incumplimiento, aunque ellas no estén previstas en el contrato.¹²

7°) La inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, esto es, la negación del derecho del contratista a exceptuarse de cumplir con sus obligaciones si la administración no ha cumplido con las suyas propias. De acuerdo a este criterio, aunque la administración no cumpla con las obligaciones que ha asumido contractualmente, el contratista debe de todos modos cumplir fielmente con su parte del contrato: “Él ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y

⁸ BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 279.

⁹ Sobre los caracteres anteriores, ampliar en BERÇAITZ, *op. cit.*, cap. XIII, p. 277 y ss.

¹⁰ DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 454.

¹¹ DIEZ, *op. cit.*, p. 455.

¹² DIEZ, *op. cit.*, p. 518 y 519; BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 274; Corte Suprema, *Fallos*, t. 167, p. 145; t. 202, p. 97, y otros.

debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio,” se ha dicho...¹³ olvidando que tal vez quien más está obligado a hacer “cualquier sacrificio” para satisfacer la necesidad pública es precisamente la administración pública.

5. Crisis y evolución del clásico contrato administrativo

Todos estos caracteres fueron invariablemente elaborados con relación al contrato de concesión de servicios públicos, el contrato administrativo por antonomasia. La idea de “servicio público” despertó así siempre en los oídos jurídicos una resonancia a necesidad pública, a “*Salus populi, suprema lex est,*” y llevó a soluciones draconianas como las indicadas, que tenían poca o ninguna consideración por los derechos del contratante. Sin embargo, con el correr del tiempo el contrato de concesión de servicios públicos ha ido perdiendo importancia en forma progresiva, 1º) porque los Estados cada vez en mayor grado deciden tomar por su cuenta la prestación directa de los servicios públicos, creando empresas dedicadas a su ejecución, y eliminando la figura de la concesión: 2º) Porque los concesionarios, perdida la batalla en el campo legal, no discuten ya las modificaciones, alteraciones, incumplimientos, etc., que la administración les impone, y dedican todos sus esfuerzos a trasladar tales modificaciones, etc., a una compensación a través de la tarifa; 3º) porque una serie de contratos administrativos que antiguamente no eran demasiado frecuentes, fueron cobrando una importancia fundamental, tanto en número como montos, y concitaron una nueva atención de los juristas: contratos de obras públicas, de suministros, etc.

Esta variación ha significado un cambio de encuadre en los problemas que los juristas debían analizar en los contratos administrativos, y han ido produciendo insensiblemente una variación en los principios con los cuales se habrían de enfocar tales problemas. No estando de por medio la mágica noción de “servicio público,” desaparecieron algunos de los prejuicios jurídicos que habían oscurecido el tratamiento de estas cuestiones, y se fueron entonces morigerando o incluso eliminando muchos de los caracteres clásicos. Es así como hoy en día se advierte que:

1º) No hay en el contrato administrativo una relación de absoluta subordinación, sino más bien de *colaboración*.¹⁴

2º) La flexibilidad y mutabilidad del contrato han sido harto reducidas por la propia legislación, que impone límites generalmente bajos (10 ó 20 %) más allá de los cuales no puede obligarse al contratista a aceptar la modificación.¹⁵

¹³ BERCAITZ, *op. cit.*, p. 291.

¹⁴ Así WALINE, MARCEL, “L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses co-contractants,” *Revue du Droit Public*, 1951, t. 67. p. 5 y ss.; PTN, *Dictámenes*, t. 97, p. 127 y ss.

¹⁵ Así la ley 13.064 de obras públicas, arts. 30, 38 y 53 inc. a), el reglamento de contrataciones del Estado, decreto 5720/72, inc. 84, apartado a) y c).

3º) La facultad administrativa de imponer *sanciones* al contratista *debe estar fundada legal o contractualmente*, siendo inadmisibles que la administración pretenda imponer sanciones para las cuales no esté expresamente autorizada por la ley o el contrato; este tipo de sanciones se interpretan por lo demás restrictivamente, y si el pliego dispone que en caso de rescisión del contrato el contratista “perderá la fianza,” se ha considerado que lo pierde sólo en forma *proporcional* a la parte no cumplida y que para que la pérdida deba ser total a pesar de no ser el incumplimiento total, así debe aclararlo expresamente el contrato.¹⁶

4º) La clásica inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, a tenor de la cual si el contratista dejaba de cumplir con sus obligaciones ante el incumplimiento administrativo debía considerarse que él era el único responsable, debiendo extinguirse el contrato por su exclusiva culpa, también ha sido modificada. Se entiende actualmente que si bien el contratista no puede, ante el incumplimiento administrativo, interrumpir sus tareas y exigir la extinción por culpa exclusiva de la administración, *sí puede al menos interrumpirlas sin incurrir en culpa él mismo*; en tales casos se entiende que por un incumplimiento mutuo el contrato se extingue por culpa recíproca o concurrente, o, lo que es lo mismo, sin culpa de ninguna de las partes.¹⁷

A estas modificaciones del régimen clásico la nueva orientación agrega todavía algunos principios que ahora pasan a ser fundamentales de los contratos administrativos, y que tradicionalmente eran oscurecidos o negados.

5º) Se dice así que los contratos administrativos son esencialmente de *buena fe*,¹⁸ lo que lleva a que la administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio del contratista.

6º) Se sostiene que si bien la equidad no es fuente del derecho administrativo, debe ser tenida en cuenta por la administración al resolver casos concretos sometidos a su decisión y en los cuales podrían verse comprometidos los principios que la informan, admitiéndose, en suma, soluciones de equidad en los contratos administrativos.¹⁹

7º) Se atempera la regla *pacta sunt servanda* en la esfera administrativa, admitiéndose la “teoría de la imprevisión” tanto en la legislación como en la ju-

¹⁶ PTN, *Dictámenes*, t. 70, p. 291, t. 77, p. 126 y otros.

¹⁷ PTN, *Dictámenes*, t. 69, p. 98, y decreto 15.159/59, B.O. del 24-XI-59, en igual sentido; t. 82, p. 220; t. 85, p. 207; t. 94, p. 91, y decreto 10.551/65, del 24-XI-65, en igual sentido; t. 96, p. 514.

¹⁸ Así Corte Suprema, *Fallos*, t. 182, p. 502 y ss., *Besana*; Cámara Nacional Federal, Sala Contencioso-Administrativa, *JA*, 1956-III, p. 241, *Cherny*; BIELSA, RAFAEL, *Estudios de derecho público*, t. I, Buenos Aires, 1950, pp. 110-12; PTN, *Dictámenes*, t. 70, p. 219; t. 77, p. 311; t. 83, p. 180, etc. Ver también nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1974, cap. VIII, n° 153.

¹⁹ *Dictámenes*, op. cit., t. 79, p. 77; t. 83, p. 180; t. 85, p. 135/40.

risprudencia, en virtud de la cual el encarecimiento ulterior a la licitación de los materiales o de la mano de obra que el contratista debe utilizar, dan lugar a un derecho a obtener un reconocimiento de los mayores costos que ello le ocasiona.²⁰

6. Evolución del contrato “privado” de la administración

Esa evolución del molde clásico del contrato administrativo hacia un encuadramiento más racional y equitativo, liberado de prejuicios estatistas y dispuesto a “dar a cada uno lo suyo” aunque se trate de un contratista de la administración, no implica con todo un retorno a la teoría antigua de que todos los contratos de la administración son contratos civiles; ello es así por dos razones diversas: 1º) Una es que siguen existiendo muchas reglas propias del derecho público en los llamados contratos administrativos que hemos venido analizando; 2º) la otra es que los clásicamente considerados “contratos civiles de la administración” han sufrido una crisis y evolución en sentido inverso.

En efecto, se ha advertido que “son muy raros —si es que los hay—,” los contratos de la administración “que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse de privados. La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado;” “Quizá sea más acertado prescindir de la expresión *contrato administrativo*, que sugiere una idea de oposición con los contratos de derecho privado... y referirse, en cambio, a los *contratos de la administración*.”²¹

Por nuestra parte, creemos que el criterio a adoptarse en cuanto a la posible existencia de *contratos privados* de la administración es el mismo que debe, tenerse en lo que respecta a la supuesta existencia de *actos privados* de la administración. Dijimos con relación a estos últimos²² que los actos emanados de órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma por el derecho administrativo, y que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado, por lo que la predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos siempre como actos de derecho público, esto es, actos administrativos.²³ Hemos dicho también que exactamente el mismo razonamiento es aplicable a los contratos “civiles” de la

²⁰Ley 12.910 y sus reglamentaciones; Cámara Nacional Federal, Sala Civil y Comercial, LL, 31-III-1966, *Oks*, excelente fallo; SPOTA, ALBERTO G., “Contrato administrativo sometido a la teoría de la imprevisión contractual,” en nota a dicho fallo; MARIENHOFF, MIGUEL S., “La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino,” *JA*, 1959-V, p. 106 y ss., sección doctrina; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo,” *Revista de Administración Pública*, N° 2, Madrid, 1950, p. 83; TRIGO REPESAS, FÉLIX A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, La Plata, 1966, p. 227 y ss., p. 232 y ss.

²¹SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, pp. 536 y 537, quien recuerda en la última opinión a SANTA MARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, 6ª ed., Madrid, 1903, p. 714.

²²Ver nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. III, cap. II, § 10.

²³*Op. ult. cit.* y también nuestra *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 165-6. Este criterio ha sido seguido por la Procuración del Tesoro de la Nación, t. 92, p. 74 y ss. y otros.

administración: Es obvio que todo lo referente a la *competencia* de los órganos que los celebran, al *procedimiento* de concertación, a las *formas* pertinentes, etcétera, se rige estrictamente por el derecho público; no sería sino aventurado querer fundamentar la *competencia* de un órgano estatal para celebrar ese contrato, en la regla de la *capacidad* del Código Civil; ni afirmar que aunque la ley de contabilidad exija la licitación pública,²⁴ pueda prescindirse de ella porque no figura en el Código Civil y se trate de un contrato de ese tipo; ni que si de acuerdo al derecho administrativo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas, un decreto del Poder Ejecutivo, sea necesario de todos modos escritura pública,²⁵ etc. Por ello, la conclusión es en definitiva la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: Sólo podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto del acto o contrato, pero ello no quita que lo dominante siga siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un contrato de derecho civil.²⁶

7. Conclusión

Todo esto significa en definitiva que todos los contratos que celebra la administración tienen un régimen primordialmente de derecho público; que ese régimen nunca es actualmente el autoritario de la doctrina clásica, sino que es un régimen de derecho público que busca satisfacer el interés público concreto a que el contrato debe servir, sin sacrificar los principios superiores de justicia y equidad a que todo el Estado debe propender. Con todo, es posible observar que no todos los contratos celebrados por la administración, que serán pues a nuestro juicio siempre “contratos administrativos,” tienen un régimen igual; existen por el contrario variadas gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público.

Para expresarlo gráficamente, si antiguamente podíamos encontrar dos categorías bien definidas y totalmente opuestas de contratos de la administración, los civiles y administrativos:

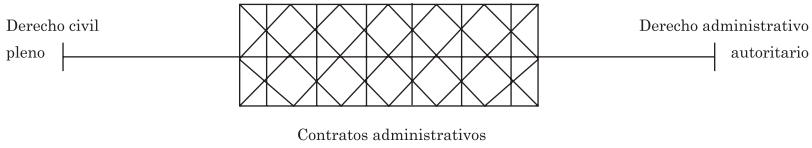


²⁴ Que lo hace en forma muy amplia y para todos los contratos: Ver decreto-ley 23.354/56, art. 55. Como señala DE VEDIA, *op. cit.*, p. 488; la ley de contabilidad exige la licitación pública, “sin discriminar entre contratos de Derecho Privado y los de Derecho Público.”

²⁵ Así lo dispone la ley 4167, art. 3.

²⁶ Reiteramos pues lo sostenido en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 166. A igual conclusión, con todo, se llega aplicando los principios clásicos para la distinción entre contratos civiles y administrativos, como lo hemos demostrado refiriéndonos a la naturaleza de los contratos de las empresas del Estado. Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966, pp. 85 y 86.

Hoy en cambio encontramos un acercamiento de los extremos, que no alcanza a ser total y que deja subsistentes distintos matices de contratos administrativos.



Dentro de esa zona gris cubierta por los contratos administrativos, a mitad de camino entre el derecho privado y el clásico derecho administrativo, corresponde ubicar como más próximos al antiguo derecho administrativo, a las concesiones en general, especialmente la concesión de servicios públicos, y también en menor medida la concesión de obra pública; luego, el contrato de función pública; posteriormente, el contrato de suministros y el de obra pública; ya más cerca del derecho privado, el contrato de compraventa de inmuebles, el de locación, y luego los demás contratos: Cesión, permuta, donación, etc. que, bueno es reiterarlo, no se mantienen coin sus típicos caracteres civilistas. Encontramos así:

