

## La difusa frontera entre lo público y lo privado

Jorge MOSSET ITURRASPE<sup>1)</sup>

### Sumario

La división tripartita en Roma: lo sagrado, lo público y lo privado—El fragmento de Ulpiano. Los siglos XVIII y XIX— La ideología liberal-individualista. La “constitucionalización” del Derecho Civil— El Derecho Civil constitucional. Las materias alcanzadas. El contrato administrativo: a mitad de camino entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Conclusiones.

### Resumen

El estudio que sigue sostiene la tesis de que la distinción público/privado resulta confusa, luego se ocupa de la constitucionalización del Derecho Privado y denuncia la estrategia de exclusión del Estado

de las regulaciones iusprivatistas del contrato y del derecho de daños y finalmente analiza *in extenso* la relación del contrato administrativo con el derecho privado.

<sup>1)</sup> Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

## La división tripartita en Roma: lo sagrado, lo público y lo privado. El fragmento de Ulpiano

La frontera entre lo público y lo privado no sólo es ancha o dilatada sino que, además, es desvanecida o confusa; los temas “en conflicto” son numerosos y variados, y respecto de la mayoría de ellos su ubicación de un lado o del otro no aparece como cuestión sencilla.

Nos dice Federico de Castro y Bravo que, en esta materia, se considera fundamental un fragmento de Ulpiano, conservado en el Digesto (D.1, 1, 1, 2): *Dos son los aspectos de este estudio: el público y el privado. Es derecho público el que se refiere al estado de la cosa romana; privado, el que a la utilidad de cada individuo (...)*<sup>(1)</sup>.

### Los siglos XVIII y XIX. La ideología liberal-individualista

Empero, tales términos —de Derecho Público y Derecho Privado— que se usaron primero con el alcance modesto de una clasificación escolar o sistemática, cambian radicalmente de valor entre los siglos XVIII y XIX. Utilizados por la ideología liberal individualista se cargan desde entonces de contenido político, polarizándose en su doble dirección: revolucionaria y conservadora<sup>(2)</sup>.

El Derecho Público (forma política, gobierno, administración) se entiende dirigido, en un primer momento, a combatir todos los privilegios señoriales del antiguo régimen; después se considera campo acotado para la discusión sobre regímenes políticos (formas de gobierno) y entregado a la lucha de los partidos (aspirantes al gobierno). Al Derecho Privado se atribuye otra función: *la de conservar, aislándolo de las veleidades de la política, la posición de los particulares, la burguesía; su condición y su fortuna se colocan así en una zona neutra y segura regida por la autonomía de la voluntad*<sup>(3)</sup>.

Para la teoría dualista “del interés”, mientras en el Público predomina el “interés general”, en el Privado el particular; luego, a ese interés particular se lo identifica o confunde con el “derecho patrimonial” (Korkunov)<sup>(4)</sup>, y, más recientemente, con el “interés del mercado” (Pashukanis y muchos otros)<sup>(5)</sup>, en cuanto lo propio de sus normas es ser “repartidoras del poder económico”.

### La “constitucionalización” del Derecho Civil. El Derecho Civil Constitucional

Konrad Hesse, en sus estudios sobre “Derecho Constitucional y Derecho Privado”<sup>(6)</sup> nos dice que

<sup>(1)</sup> De Castro y Bravo, F.: *Compendio de Derecho Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pág. 19.

<sup>(2)</sup> De Castro y Bravo: ob. cit., pág. 21; Coing, G.: *Derecho Privado europeo*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996; Díez Picazo y Ponce de León, L.: “El sentido histórico del Derecho Civil” en *RGLJ*, Madrid, 1959; Giorgiani, G.: “Il Diritto Privato de i suoi attuali confini”, en *RTDPC*, 1961; Hernández Gil: “Del Derecho Romano como Derecho Civil al Derecho Civil como Derecho Privado” en *Libro Homenaje al Prof. Castán Tobañas*, Pamplona, 1969, V, pág. 341 y ss.; Pasquau Líaño, J.: *Código Civil y ordenamiento jurídico. Otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil*, Granada, 1994; Tarello, H.: *Il Diritto Privato nella società moderna*, Bolonia, 1973.

<sup>(3)</sup> A partir de la Revolución Francesa y del reconocimiento de los Derechos del Hombre o del Ciudadano. Y con base en las ideas de igualdad, libertad y fraternidad.

<sup>(4)</sup> Es muy interesante el debate, entre juristas contemporáneos, acerca de si el Derecho Privado se ha “patrimonializado”, en los últimos tiempos, respondiendo a una visión “utilitarista” y “economicista” de la vida y del orden jurídico o si en cambio se ha “despatrimonializado”, poniendo al hombre —a todos los hombres— como centro o eje de su especulación, y bregando por la dignidad de la persona humana.

<sup>(5)</sup> En la medida en que se observa una tendencia fuerte por transformar la sociedad civil en un mercado y, correlativamente, sustituir el derecho de aquélla por el derecho propio del mercado; que no es, digámoslo al pasar, el derecho del Estado, sino un derecho absolutamente “privado”, nacido de usos y costumbres, “reglas espontáneas”, “hilos invisibles”.

<sup>(6)</sup> Hesse, K.: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cuadernos Civistas, Madrid, 2001.

*ambos aparecen como partes necesarias de un orden jurídico unitario, que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan. En tal ordenamiento integrado, el Derecho Constitucional resulta de importancia decisiva para el Derecho Privado, y el Derecho Privado de importancia decisiva para el Derecho Constitucional. Y, a la hora de concretar esta relación, afirma: (...) el significado del Derecho Constitucional para el Derecho Privado consiste en singulares funciones de garantía, orientación e impulso<sup>(7)</sup>.*

De ahí que no pueda extrañarnos la insistencia con que se habla hoy en distintos países, como España, Italia y Alemania, del “Derecho Civil Constitucional”. Perlingueri<sup>(8)</sup>, hace ya más de veinte años, sostenía que *el tema de Derecho Civil Constitucional es fundamental*; y si bien en los primeros años pudo decir Delgado Echeverría que *“el Derecho constitucional civil es, entre nosotros poco menos que el lebrero plantado en la linde de un terreno apenas explorado<sup>(9)</sup>”* (en los días que vivimos puede afirmarse que es ya una realidad. Lo señalan enfáticamente Arce y Flores Valdes<sup>(10)</sup> y Gutiérrez Gutiérrez<sup>(11)</sup>).

Entre otros aspectos sobresalientes de este “Derecho Civil Constitucional” podemos señalar:

- \* su tarea en orden a precisar los “derechos fundamentales”<sup>(12)</sup>;
- \* su función promotora de la transformación de las instituciones tradicionales del Derecho Civil<sup>(13)</sup>; su lucha por la eficacia directa, derogatoria, invalidatoria, interpretativa e informadora de la norma constitucional<sup>(14)</sup>.

## Las materias alcanzadas

Este párrafo está dedicado a señalar sólo algunas cuestiones que se muestran como propias de un “Derecho Civil constitucionalizado” o bien, como afirman otros, de un “Derecho Constitucional civilizado”.

a) La primera de ellas, no podía ser de otra manera, atinente a los “derechos de la personalidad”, verdadera conquista de la ciencia jurídica<sup>(15)</sup> del último siglo, donde aparece muy sobresaliente “la doble tutela”, pública y privada<sup>(16)</sup>, a través de los códigos civiles de más reciente reforma<sup>(17)</sup>, por un lado, y de las constituciones y tratados internacionales<sup>(18)</sup> por el otro.

<sup>(7)</sup> Hesse, K.: ob. cit., pág. 83. El “garantismo” o seguridad que se desprende de la constitucionalización del derecho civil es, en nuestra opinión, un aspecto sobresaliente que los argentinos hemos podido comprobar a partir de la reforma constitucional de 1994, como pudo apreciarlo España a partir de la reforma de 1978. Aunque es una verdad de perogrullo que no es lo mismo que un determinado derecho esté consagrado en una ley a que lo recoja la norma constitucional o los tratados internacionales de igual jerarquía.

<sup>(8)</sup> Perlingueri, J.: “Por un Derecho Civil Constitucional español” en *ADC*, 1983, pág. 1 y ss.

<sup>(9)</sup> Delgado Echeverría, J.: “Transformaciones del Derecho de Familia y la formación del jurista” en *El nuevo régimen de la familia*, I, pág. 14 y ss., Madrid, 1982. Juristas como González Porrás, De los Mozos y Lasarte, venían sosteniendo que *a la perspectiva habitual en el estudio y análisis del derecho civil, debe añadirse una permanente perspectiva constitucional*; o bien que *materias tratadas por los civilistas tradicionalmente han entrado por fin en la Constitución*.

<sup>(10)</sup> Arce y Flores Valdés, J.: *El Derecho Civil Constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

<sup>(11)</sup> Gutiérrez y Gutiérrez, I. en *Introducción a la obra de Konrad Hesse*: ob. cit., pág. 9 y ss.

<sup>(12)</sup> Peces-Barba, G.: *Curso sobre Derechos Fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991; del mismo autor: *El fundamento de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1989; Alexy, R.: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993; Lorenzetti, R. L.: *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.

<sup>(13)</sup> Esta función aparece clarísima cuando se piensa en la tutelar constitución de los consumidores y usuarios, de los miembros de la familia, de los integrantes de la sociedad civil frente a la discriminación, del derecho a un medio ambiente sano, etc.

<sup>(14)</sup> Para que la Constitución deje de ser un “catálogo de ilusiones”, de promesas vanas o incumplidas; sobre estas apasionantes cuestiones cabe recordar la denominada teoría del “uso alternativo del derecho” que tantos adherentes lograra en el Brasil: basta citar la *Revista de Derecho Alternativo*, cuyo nº 1 apareció en el año 1992, con interesantes trabajos.

<sup>(15)</sup> Mosset Iturraspe, J.: *Responsabilidad por Daños*, Tomo I, Parte General, pág. 271 y ss.

<sup>(16)</sup> Señalada desde la década del 60 por autores del prestigio de Carbonnier, en Francia y de Santoro Passarelli, en Italia.

<sup>(17)</sup> Destacamos el italiano de 1942 y el portugués de 1966; el Proyecto argentino de 1998 contiene una extensa exposición de los mencionados “Derechos de la Personalidad”, a partir del artículo 105.

<sup>(18)</sup> Tratados con jerarquía constitucional, de muy importante rol en esta materia: sobre derechos humanos, el niño, la mujer, la igualdad de derechos, etc., en especial la no discriminación.

b) El Derecho de Familia es otro campo propicio, sea por el reconocimiento constitucional del concubinato o de la familia de hecho, por la igualación de los hijos, los derechos reconocidos a la madre, etc.<sup>(19)</sup>

c) Pocos temas muestran una mayor confluencia de lo público y lo privado que el Derecho Ambiental; sea por la selección de los instrumentos jurídico-políticos para hacer frente a los problemas ambientales (Giannini), o por lo relativo a lograr un “progreso con protección ambiental”, el progreso cualitativo, al decir de Martín Mateo, o bien armonizar la función tutiva del Estado, de los poderes públicos especializados, con la “función de los Privados” en idéntico sentido<sup>(20)</sup>.

d) La constitucionalización del Derecho de Daños ha sido, en los últimos tiempos, poco menos que asombrosa: comienza con el “descubrimiento” acerca de la base constitucional, artículo 19 de la Constitución Nacional, del derecho a una indemnización por el daño sufrido; luego con la extensión de los perjuicios reparables a todo detrimento o menoscabo, tenga o no un reconocimiento expreso en el Derecho Privado como “derecho subjetivo”; y, finalmente, con la tutela de un resarcimiento integral, sin pisos ni techos, de los perjuicios en relación adecuada de causalidad como respuesta a un principio de justicia<sup>(21)</sup>.

e) La contratación, como hija de la autonomía de la voluntad, no podría escapar a este proceso de “publicización”. Entre otras razones porque el contrato, como lo declara el reciente Código Civil del Brasil, es un instrumento jurídico para la satisfacción de las necesidades económicas en función social. Y, agregamos, en justicia—la contratación justa— que no significa otra cosa que un negocio equilibrado con una relación de valores proporcionada. El contrato injusto hiere al Derecho de Propiedad que está garantizado en la Constitución.

Pero media otro aspecto destacable con base en la “teoría de los sujetos”, como criterio distintivo entre lo público y lo privado se pretendió excluir al Estado tanto de las normas civiles regulatorias del Derecho de Daños como de las propias del Derecho de los Contratos. Se sostuvo —y por sectores minoritarios se sigue postulando— que en tales cuestiones, el Estado como dañador y el Estado como contratista, actúa en “relación de superioridad”, con “imperium” y de ahí que no quede sometido al Derecho Privado.

Semejante tesis nos parece incompatible con la visión actual del Estado de Derecho y de Justicia. Nos parece más propia de tiempos en que gozaba de “privilegios” o “preferencias” el soberano, por ser tales impropias de una República democrática o igualitaria.

## El contrato administrativo: a mitad de camino entre el Derecho Público y el Derecho Privado

Por tales razones nos ha parecido importante tratar, en este estudio, de una manera muy particularizada e *in extenso*, el tema del contrato administrativo, como contrato del Estado, y sus relaciones con el contrato del Derecho Privado.

### El contrato administrativo: su teoría

No caben dudas acerca de que el Derecho Civil se encuentra en *la génesis del Derecho Administrativo*

<sup>(19)</sup> En la doctrina del Brasil: la obra de Pimentel Pereira, A.: *A nova Constituição e o direito de família*, Sao Paulo, edic. Revovar, 1989; también el trabajo sobre el mismo tema de Freire Pereira, M., USP, 1993.

<sup>(20)</sup> Mosset Iturraspe, J., Hurchinson, T., Donna, E.: *Daño ambiental*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999; Cánosa Usera, R.: *Constitución y Medio Ambiente*, Dykinson, Madrid, 2000.

<sup>(21)</sup> Mosset Iturraspe, J.: “Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos” en *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal Culzoni, 2001-1, “Cuantificación del daño”, pág. 125 y ss.

y de sus instituciones (éste es el título de un libro de Sebastián Martín Retortillo Baquer, editado en Civitas en 1996).

La cuestión es ahora saber si ese Derecho Civil que estuvo presente en la génesis, tiene aún alguna relevancia o, por el contrario, ha quedado totalmente de lado, sustituido por el Derecho Público en su rama administrativa.

Este interrogante es válido respecto de una serie de instituciones pero fundamentalmente del contrato. Se ha dicho, por un sector mayoritario de la doctrina publicista, que el Derecho Privado resulta institucionalmente inservible a la Administración Pública en cuanto poder público que actúa para el cumplimiento de sus fines. Insuficiencia de las instituciones civiles para alcanzar y atender los objetivos que la Administración debe desempeñar. De ahí que se juzgue conveniente la aplicación del Derecho Administrativo como adecuado para ese obrar y como derogatorio del derecho común (sin perjuicio de ello se viene señalando, desde principios de los noventa, una “huida del Derecho Administrativo” por parte del Estado en la búsqueda de “eficacia” y “agilidad” –“exoneración de controles”–. Este es el título de una obra de Del Saz Cordero, publicada en RAP, en 1984).

La aludida pretensión iuspublicista ha dado pie, en diversos países, a la denominada “teoría del contrato administrativo”. Se comienza señalando que la administración pública, para el cumplimiento de sus fines administrativos (Marienhoff), puede *requerir la colaboración voluntaria de los particulares* y celebrar el contrato administrativo, especie del contrato de Derecho Público. Debe distinguirse de los “contratos de derecho común” que también puede celebrar la Administración Pública. Apunta a satisfacer el interés público. Y, dejando de lado los argumentos negativos –desigualdad, la Administración Pública sólo celebra actos administrativos unilaterales, es una materia “fuera del comercio”, etc.– se sostiene que tales contratos existen.

Empero, a renglón seguido, se elabora toda una teoría sobre tales contratos administrativos, propia del Derecho Público, divorciada del Derecho Civil: para un sector, a partir del “reconocimiento de las cláusulas exorbitantes”, de la amplia discrecionalidad del Estado; para otro, proyectando el régimen del acto administrativo sobre el contrato administrativo.

Lo notable del caso es que partidarios y opositores de la aludida “teoría” invocan, con reiteración, la necesidad de proteger al contratista privado frente al funcionario de turno, de evitar que ejerza discrecionalmente sus poderes, de superar la anarquía interpretativa y discusiones tales como la relacionada con la validez de tal o cual cláusula y el sistema de nulidades.

Este debate se ha vivido con hondura en la Argentina: Marienhoff, Cassagne y la mayoría de los administrativistas, por un lado, sosteniendo la teoría y el apartamiento del Derecho Civil de los contratos; Marial, Bustamante y otros, por otro lado, predicando que (...) *la teoría general del contrato administrativo, confiere al Estado facultades exorbitantes implícitas, conforme a las cuales el Estado puede variar las condiciones pactadas (jus variando); puede exigir el cumplimiento aun cuando el Estado no pague (inoponibilidad) de la exceptio non adimpleti contractus; puede obligar al contratista a seguir sus órdenes para la ejecución del contrato y puede rescindir el contrato en forma anticipada (rescate) por motivos de oportunidad o conveniencia. Tales cláusulas exorbitantes implícitas atentan claramente contra la seguridad jurídica y elevan los costos de transacción, costos luego transferidos al Estado.*

### Las facultades exorbitantes implícitas

Francia ha sido la cuna de la teoría del contrato administrativo. Se comienza, nos dice Mairal, por una “definición amplia”, en la cual se alude al “interés general o público” y luego se pretende englobar dentro de esta definición a una cantidad de contratos que muy poco tienen que ver entre sí. El eje o centro de la cuestión está dado por el sometimiento del contrato a *un conjunto de reglas imprecisas construidas por la doctrina y la jurisprudencia y que, en síntesis, permiten al Estado apartarse del texto del contrato*. Se estudian algunos contratos como el de obra pública y el de concesión de servicios públicos, para luego *generalizar las facetas de estos dos contratos a todos los que encuadran en la definición*. Por que una

teoría —y de eso se trata— “es más que una descripción”, abarca más que los hechos observados y envuelve conceptos de los cuales pueden inferirse hechos nuevos y hasta el momento desconocidos.

Y, por esta vía de generalización para un “universo de contratos” se envuelve “en un manto de incertidumbre toda la contratación estatal”; y otra de las críticas se basa, como se ha insinuado ya, en la existencia de “cláusulas exorbitantes implícitas” que no pueden confundirse “con las que otorgan derechos a la parte estatal” y existen en variadas legislaciones como la norteamericana *porque ellas son cláusulas expresas incorporadas al contrato directamente, por referencia o por disposición expresa de la ley o del reglamento anterior a la celebración del contrato. El Estado puede incluir las cláusulas que desee, pero una vez que está celebrado el contrato se respeta, 'sin margen para cambios unilaterales, más allá de lo pactado'*.

El tema es diferente cuando se pasa de un Estado que paga a uno que no paga, de un Estado que financia la Obra Pública a la financiación por los bancos a través de la concesión de la obra pública. Quienes financian quieren tener precisión sobre la obra que están financiando; y ello no ocurre cuando el Estado —que no financia— puede, a su arbitrio, a mitad de la obra, con la sola invocación del interés público, introducir cambios. La cuestión no cambia con la afirmación acerca de que no se trata de “cláusulas exorbitantes” sino de un “régimen exorbitante”, como enseña Laubadère.

Y la pregunta central vuelve: ¿Es bueno que la Administración pueda alzarse contra los contratos que ha celebrado cuando el interés público lo exige, a juicio de la propia Administración? ¿Es bueno que los Tribunales tengan reglas imprecisas para adecuar los contratos que celebra el Estado de acuerdo a las circunstancias del caso?

La disyuntiva es respetar o no la palabra empeñada: *pacta sum servanda*. El contrato administrativo, a través de “esta teoría”, recibe una “muletilla” que le permite a la Administración “corregir errores”, superar negligencias o abandonos dando pie, asimismo, a la corrupción y la inseguridad. Otra es la situación cuando “las facultades del Estado” existen si se han pactado, si están incorporadas al contenido del contrato; de lo contrario la facultad “no existe” y el contrato debe cumplirse tal cual se convino. La solución es el dictado de normas legales o por vía convencional, para contratos específicos que otorgan expresamente las facultades que el Estado cree necesitar. Como ocurre con la Obra Pública, con el *jus variandi*. Por esta vía desaparecen las “sorpresas” para el particular contratista. Y no hay otra cláusula exorbitante que la expresamente incorporada por acuerdo de partes o por un reglamento que integra el negocio.

En la Argentina se ha abusado de la teoría del contrato administrativo. En cambio, en Francia, país de origen, “la potestad se ejerce con una enorme prudencia” porque se conoce su costo. Cuando se decide un rescate no previsto contractualmente, por vía de ejemplo, se indemniza plenamente el lucro cesante.

### La seguridad jurídica. La justicia conmutativa y los costos de transacción

El tema que nos ocupa guarda íntima relación con el de la responsabilidad del Estado. No olvidemos que el ámbito contractual es uno de los terrenos donde se desarrolla la responsabilidad. También en la cuestión de “reparar las consecuencias dañosas del obrar injusto”, los administrativistas han pretendido aplicar una responsabilidad del Derecho Público —diferente de la civil— en la cual el Estado aparece “protegido” en la medida en que se limitan o recortan los resarcimientos. Se pretende fundar esta “situación de privilegio” en una “Justicia Distributiva” diferente de la tradicional “Justicia Conmutativa”, anteponer las funciones del Estado en orden al Bien Común, su soberanía, su imperio.

Cassagne, defensor en la doctrina argentina de esta construcción, alude a que el ‘*molde del Derecho Privado*’ tampoco resulta compatible para regular el conjunto específico de derechos y garantías que vienen a compensar, de algún modo, las prerrogativas públicas del Estado. Alude a la concepción finalista del contrato administrativo, a su dinámica que lo torna en algunos temas mutable, con una textura abierta a las necesidades sociales y económicas e insiste en que “el problema central” sigue siendo (*El contrato Administrativo*, 1999): *hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del Derecho Civil.*

Se pone el acento en la “ecuación económico-financiera”, en el *jus variandi* y en los contratos administrativos por extensión, entre otros aspectos sobresalientes.

Pero, a la vez, se reconoce que es *imposible sostener la existencia de un régimen unitario*, ni siquiera para los llamados contratos administrativos en sentido estricto. Se postula la variación *del grado de intensidad de aplicación del Derecho Público en función del tipo de contrato y el interés público* (Cassagne).

La concepción del servicio público constituye el eje central –para este sector de la doctrina– de la noción de contrato administrativo. Unida a la utilidad pública se la ha recibido en el derecho argentino. Se desechan otros criterios como el de la cláusula exorbitante, los actos de autoridad, el sujeto, la jurisdicción aplicable, la forma y la voluntad de las partes.

### La revocación del contrato administrativo

Desde nuestra óptica, la pluralidad de criterios para distinguir el contrato administrativo nos está diciendo, a las claras, de las graves dificultades *en torno de una noción doctrinaria que se sirva de base para el desarrollo de una concepción del contrato administrativo*. Sólo aparece con claridad el deseo de separarlo del contrato civil reconociendo la superioridad del Estado o de la Administración Pública. Se la justifica invocando *la función administrativa y la causa fin del contrato*, entendiendo a la primera como un concepto material u objetivo 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.

Esa superioridad –se siga admitiendo o no la vigencia de las cláusulas exorbitantes– aparece en temas básicos, tales como:

- \* la interpretación del contrato, dado que se sostiene que el *interés público relevante e inmediato, incorporado al contrato administrativo, que juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación*;
- \* el funcionamiento de la *exceptio non adimpleti contractus* en ciertos contratos administrativos y la pretensión de extender su derogación a otros (concesión o licencia de servicio público);
- \* el poder modificatorio de la Administración o *jus variandi*, de manera unilateral obviamente, haya o no una cláusula que lo posibilite y, en consecuencia, en franca violación de la *pacta sum servanda*.

No debemos olvidar que la mejor doctrina publicista ha recogido ideas desprendidas de “principios generales del derecho” como las de buena fe, equilibrio negocial, prohibición del enriquecimiento injusto, de “volver sobre los propios actos” y otros similares.

### La sanción de nulidad

También los publicistas exponen una teoría o sistema de nulidades de los actos administrativos y, entre ellos, de los contratos administrativos. Se trata de saber *cuáles son las consecuencias jurídicas que habrán de asignarse a un defecto o vicio concreto del acto* (Gordillo). Como principio se predica que *las nulidades administrativas no dependen de cuál elemento del acto está viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico*, el acento no está puesto en la ausencia o alteración de un elemento constitutivo del acto sino en la imposibilidad del acto de integrarse en un ordenamiento jurídico dado, de su violación objetiva de principios jurídicos.

Como diferencias, entre nulidades civiles y administrativas, se señalan: 1. El sistema civil tiene mayor certeza y previsibilidad, al estar las nulidades “expresamente” contempladas; el administrativo es más incierto y, por ende, propenso a la inseguridad jurídica; valga como ejemplo el “vicio por antonomasia”, la arbitrariedad de la Administración; 2. La nulidad civil es siempre “declarada por un órgano judicial”, la administrativa puede serlo tanto por un órgano judicial como por un órgano administrativo, aunque este último sea excepcional; 3. La civil surge de un proceso ordinario; la

administrativa puede producirse en acciones de amparo u otros procesos sumarios o sumarísimos; 4. La Administración tiende a ejercer su poder con excesiva autoridad, en tanto que la justicia institucionalizada peca por excesiva autorrestricción en el control; 5. Mientras los jueces pueden de oficio resolver las nulidades civiles, no lo hacen con las administrativas; en tanto los órganos administrativos sí conocen de oficio tales nulidades; 6. Las fuentes de los vicios del acto administrativo son múltiples y se encuentran muy dispersas de ahí que el análisis de los vicios requiera mayor investigación.

Un tema importante en esta materia es el de la vigencia o no, en el Derecho Administrativo, del principio que, con base en la buena fe y en el respeto a la confianza suscitada, manda “no volver sobre los propios actos”, no contradecirse. O bien la imposibilidad de alegar su propia torpeza. Con el nombre de “acción de lesividad” se contempla, en el Derecho Comparado, una acción dirigida a que la Administración pueda corregir sus errores, sea pidiendo en sede judicial, tanto por acción como por reconvencción, la nulidad de sus propios actos.

Lo señalado, lleva a un sector de la doctrina, que compartimos, a predicar que *la invocación del interés público o del Bien Común o del bienestar general resulta en ocasiones una fórmula dogmática con la cual se funda sin argumentación alguna cualquier solución favorable al poder de turno.*

Hay acuerdo en que el límite de la Administración Pública para declarar “por sí y ante sí” la nulidad absoluta de un contrato administrativo está dado por la existencia de “derechos subjetivos que se están cumpliendo”; en estos casos deberá ocurrir a la declaración judicial de nulidad, *previa declaración de lesividad mediante el dictado de un acto administrativo pertinente* (Cassagne).

Finalmente, la declaración de nulidad, en el derecho argentino, produce efectos retroactivos entre las partes contractuales. Sólo por excepción, y con base en razones de equidad y de interés público, tales efectos dejan de ser retroactivos.

### Los efectos expansivos del contrato administrativo

En el Derecho Público se habla de los “contratos administrativos por extensión”, figura que posibilita que *un contrato se rija por la modulación propia del Derecho Público, aunque no contenga cláusulas exorbitantes, ajenos a las cláusulas insertas en el acuerdo de voluntades pero susceptible de ejercer una influencia directa sobre éste* (Cassagne).

Se anota esta cuestión como una muestra de la “tendencia extensiva o expansiva del Derecho Administrativo”, tanto en Francia como en otros países. Equivale a decir que se “prescinde de su finalidad” para clasificarlo como contrato administrativo, y se prioriza “la presencia de un régimen exorbitante”.

Es notable señalar que esta extensión se juzga como beneficiosa para el particular contratante, *al impedir el abuso de la forma jurídica privada por parte del Estado y al brindar mayores garantías (...) habida cuenta de que la competencia en tales casos se atribuye a una justicia más especializada, como es la contencioso-administrativa, aplicándose todo el régimen garantista del Derecho Administrativo.*

### La cesión del contrato y la subcontratación

No desconocemos las enseñanzas sobre la materia de la doctrina chilena, en particular del Profesor Soto Kloss, a partir de su trabajo de 1977, publicado en la *Revista de Derecho Público*, sobre “La contratación Administrativa. Un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, en el cual, entre otros aspectos relevantes, se sostiene *la inexistencia de los denominados contratos privados de la administración.* Empero, creemos ver en sus afirmaciones más una crítica a la concepción privatista del contrato – *teñida (...) de racionalismo individualista*– que un apartamiento de la justicia conmutativa, corregida, como él lo señala, por la distributiva, por la persecución del Bien Común. Para nosotros también el contrato privado persigue un “fin social” identificado con el interés general.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el contrato administrativo, al menos como regla, exhibe



como característica la “inesibilidad” al contrario de lo que acontece en el Derecho Privado. Se la considera un “elemento sustancial” que *no se sustenta en la moral o antecedentes del tercero que concurre a ocupar el lugar del cedente, sino en los contenidos de interés público que tienen los contratos administrativos*. Empero esta regla no es absoluta y queda sometida a la autorización de la Administración comitente, la que no puede actuar con arbitrariedad, ya que, si así procediere, el administrado podría recurrir a la justicia para que se reconozca su derecho. Sólo una minoría en la doctrina predica que la potestad de la Administración de aceptar o no la cesión es discrecional, y de ahí que no quepa recurso alguno.

La subcontratación, en cambio, no se encuentra sometida *a un régimen tan absoluto, como el de la cesión*, pero está también subordinada a la autorización del Estado, la Administración Pública. Se deberán tener en cuenta los antecedentes del posible subcontratista y, por lo demás, salvo pacto en contrario, *mantendrá inalterada la plena responsabilidad del contratista delegante frente a su comitente*.

### Garantías tradicionales y nuevas especies

El mundo comercial actual exhibe una amplia gama de garantías, de origen convencional, que han dejado muy atrás la “serie cerrada” de las personales y reales que conocimos en el pasado.

*Diversas contrataciones con la Administración Pública* —nos dice Alegría (en la doctrina argentina)— *requieren de la constitución de garantías. A su vez, éstas pueden tener finalidades diversas y ser de naturaleza también diferente*. Lo cierto es que las administraciones, en general, prefieren las garantías autoliquidables, constituidas por el deudor o por un tercero; preferencia de que también gozan la fianza bancaria, la garantía abstracta o a primera demanda y el seguro de caución. Las garantías autoliquidables posibilitan la realización de la cosa y su aplicación al crédito garantizado se efectúa en forma extrajudicial y por un procedimiento que asegura su liquidación inmediata; o, alternativamente, se permite una estimación del valor de la cosa según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero por ese precio.

Éstas y otras garantías convencionales apuntan a asegurar la celeridad en la liquidación de la operación, en su caso con aplicación de la garantía; en todos los casos es esencial al buen fin del negocio. En interés no sólo del acreedor sino del deudor y hasta del deudor de la garantía. La contemplación de esos plurales intereses debe guiar la interpretación, claro que sin perder de vista la equidad, que surge de ciertos textos fundantes.

### La teoría de la imprevisión y los contratos administrativos

Es interesante observar que la denominada “teoría de la imprevisión” o de la “onerosidad sobreviniente” o del “riesgo imprevisible”, que apunta a compensar la ruptura de la relación originaria —base objetiva del negocio jurídico— nacida de hechos extraordinarios e imprevisibles es aceptada en el Derecho francés exclusivamente en el ámbito de los contratos administrativos, por decisión del Consejo de Estado, a partir del antiguo precedente de la Compañía de Gas de Burdeos. Se trata, en consecuencia, de compensar al contratista por el “álea económico”, *mediante una ayuda que le permita enjugar sus pérdidas y continuar en la ejecución del contrato de concesión*, manteniendo, de este modo, la continuidad del servicio público.

Sus extremos o requisitos han tenido una sistematización rigurosa en el Derecho Público, sosteniéndose la necesidad de que concurren simultáneamente los siguientes: a) una excesiva onerosidad en una prestación del contrato; b) que ella sea sobreviniente, o sea que el acontecimiento que perturba el acuerdo surja o produzca efectos después de la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento; c) que se trate de un “álea económico” y no de un “álea administrativo”, d) que el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista; e) que dicho contratista no haya suspendido la

ejecución del contrato; y f) que se opere un trastorno o quebranto en la ecuación económico-financiera del contrato con motivo del hecho determinante del aludido "álea económico".

¿El remedio? puede ser peticionado tanto por el contratista como por la Administración y no se traduce en una compensación integral sino en una ayuda por la cual se distribuye el álea económica entre ambos, *sobre la base de que el contratista continúe la ejecución del contrato y sólo soporte la parte de las pérdidas que una razonable interpretación del contrato permita dejar a su cargo.*

El principal efecto radica en la revisión del contrato, por lo cual el perjudicado se encuentra impedido de suspender las obligaciones contraídas, debiendo limitarse a gestionar directamente una compensación.

## Conclusiones

Para concluir, señalemos que en los contratos administrativos:

\* se admite, como un principio dogmático institucional la *extensión de los efectos hacia terceros*", lo que es particularmente advertible en las concesiones de servicios públicos y de obras públicas. Para explicar la existencia de estos efectos sustantivos, constantes y permanentes sobre terceros ajenos al vínculo contractual se ha señalado que si el Estado posee la potestad de imponer vínculos jurídicos obligatorios en forma unilateral, carece de sentido vedarle similar prerrogativa cuando la extensión de los efectos proviene de un contrato administrativo;

\* la excesiva onerosidad sobreviniente no actúa de la misma manera en los contratos civiles que en los administrativos, conforme a la doctrina publicista; en estos últimos el riesgo que corre o asume el contratista *se cubre con mayor amplitud dado las cargas, deberes y obligaciones que pesan sobre él*; aparte de las razones que hacen a la conveniencia de colocar a todos los oferentes en un pie de igualdad para obtener las mejores propuestas; de ahí que se imponga la vigencia del principio del equilibrio financiero del contrato, que cubre los riesgos ajenos a las partes de la relación contractual. Como expresan García de Enterría y Fernández, media un *deber legal de respetar la llamada 'ecuación financiera' del contrato. Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son, pues, los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa*;

\* finalmente, debemos resaltar el rol del contratista como *colaborador de la Administración. El contratista ocupa el lugar de la Administración mediante una suerte de delegación de un complejo de poderes y facultades, creándose así una especie de asociación institucional—como decía Hauriou—, que al propio tiempo que armoniza el interés privado con el público, le atribuye a este último, en caso de duda, una determinada preponderancia en la faz interpretativa. De allí que, al decir de Martín Retortillo Baquer, la garantía del equilibrio financiero juega más que como una mera compensación, como un ingrediente de la 'fórmula de colaboración', que tiende a preservar el fin del contrato y facilitar su renegociación frente a las cambiantes condiciones de la vida económica*".