

Sumarios

'Pero en el caso del ensayo existe un peligro práctico, precisamente porque trata con frecuencia de cuestiones teóricas. Trata constantemente de cuestiones teóricas sin la responsabilidad de ser teórico o de proponer una teoría'.

Gilbert K. Chesterton, 'Sobre el ensayo'.

Sumario: 1. Consideraciones liminares. – 2. La vehemencia de la crítica. – 3. El fondo de la discrepancia. – 4. La crítica de una teoría no es reemplazable por proposiciones meramente descriptivas. – 5. Sobre el carácter del derecho administrativo francés: una sabia combinación entre empirismo y dogmatismo. – 6. La tesis contraviene la fórmula de integración analógica prescripta en el artículo 7°, in fine, de la LNPA. – 7. La crítica a nuestra tesis y la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino. 7.1. La delimitación de la figura del contrato administrativo. 7.2. La inexistencia de cláusulas exorbitantes implícitas en la noción y en el régimen jurídico del contrato administrativo. 7.3. La mutabilidad y el equilibrio financiero del contrato administrativo. Otras cuestiones. – 8. Reflexiones finales.

La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)

1

Consideraciones liminares

En un reciente ensayo, que lleva por título 'El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo'(1), el Profesor Héctor A. Mairal, a partir de las reflexiones que nos mereció un trabajo anterior suyo(2), se introduce, finalmente, en el escenario de nuestra doctrina, lo que le ha permitido descubrir –como él mismo reconoce– 'afinidades que desconocíamos con las ideas de Cassagne'.

Agrega su autor que la lectura de nuestra crítica le deparó la satisfacción de 'ver confirmada la vitalidad de nuestro derecho administrativo, que puede provocar discusiones vehementes sobre temas esotéricos, para usar el término de Rivero'. Como la cita de este gran jurista francés se refiere a 'cierto esoterismo' que tendría el derecho administrativo(3), el cual se explica por la historia de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que lo ha llevado a redactar los motivos de sus fallos con una concisión que roza a veces el hermetismo o la extrema sutileza (que exige para penetrar su sentido de una iniciación a este particular estilo), la frase de Mairal parecería comprender una distinta connotación, sobre todo si se repara en que Rivero no se refiere al carácter esotérico de los temas del derecho administrativo, intrínsecamente considerados, sino al modo de abordarlo y a la manera como se forja la actividad que opera su construcción intelectual, actividad ciertamente original que combina el empirismo y el sentido de la realidad, con la sutileza y el gusto por las matizaciones(4).

Calificar de esotérico este tema constituye, en cualquier caso, un exceso, habida cuenta de la gran cantidad de estudios publicados en los derechos argentino y comparado acerca de la figura o categoría del contrato administrativo.

Pronto vamos a ver, también, cómo esas dos satisfacciones (descubrir la afinidad que tiene con nuestras ideas y confirmar la vitalidad de un derecho administrativo susceptible de generar discusiones vehementes), han provocado, inexplicablemente, un cambio de estilo que lo ha apartado del estricto sendero del análisis jurídico por el que antes transitaba.

Y si bien vamos a responder en el plano de las ideas jurídicas involucradas en esta cuestión no podemos soslayar nuestra sorpresa por la reacción del autor del ensayo, que parece no poder asimilar el hecho de

haber revelado el desconocimiento que tenía sobre nuestra tesis (escrita con anterioridad) y las afinidades consiguientes.

Una cosa debe quedar clara en este debate y quizás, debimos haberla enfatizado de antemano y es que en momento alguno pensamos que Mairal ha ocultado opiniones jurídicas volcadas en escritos anteriores al suyo, para calcarlas o servirse de ellas.

Sin embargo, nos sigue pareciendo que, para abordar un tema de tanta trascendencia doctrinaria, en cuya elaboración debieron, acaso, consumirse horas de arduo trabajo, era necesario contar con mayor información. Nuestra crítica ha servido, al menos, para que el autor vuelva a reflexionar sobre el tema y aproveche la oportunidad, como era previsible, para continuar la polémica refutando nuestra doctrina, refutación que ahora está en condiciones de llevar a cabo gracias a los nuevos conocimientos adquiridos.

2

La vehemencia de la crítica

Abrigábamos la ilusión de que la esperada replica de Mairal iba a mantenerse en el terreno abierto de las ideas, sin falacias lógicas considerables ni recursos dialécticos que, habituales en los escritos forenses, resultan herramientas inadecuadas en los debates jurídicos(5).

Nos encontramos frente a una realidad distinta en la que aflora una pasión algo fuera de quicio, que sólo se justificaría en aquellos juristas que descubren que su tesis carece de solidez y no encuentran argumentos eficaces para la réplica.

En tal sentido, nos llama la atención que arguya que la vehemencia de nuestra crítica es un recurso que utilizamos 'para facilitar nuestra labor', que nos conduce 'a expresar ideas sorprendentes en un trabajo de derecho administrativo' y que hasta llegue a afirmar que nuestras opiniones le impiden conocer con exactitud cuál es nuestro pensamiento sobre 'temas concretos'.

En otras partes de su ensayo da a entender que tenemos 'afinidades ocultas' o bien, que hemos cambiado de opinión sin advertirlo a los lectores y hasta nos interroga sobre cuestiones obviamente resueltas con anterioridad en una especie de seudo reto científico que no pensamos eludir en homenaje a la categoría universitaria y al prestigio del autor.

Lo curioso es que al criticar nuestra vehemencia no se refiera a las expresiones del artículo que podrían catalogarse como tales, sino a las argumentaciones jurídicas objeto de su desacuerdo, en un extraño proceso de crítica en el que coloca su discrepancia doctrinaria frente la pura pasión intelectual que nos atribuye, como si ésta fuera el motor real de nuestras ideas.

Esta reacción instintiva revela que el autor no ha pensado elaborar una postura doctrinaria sobre la base de las afinidades que tiene con la nuestra ni aun con el resto de la doctrina argentina pese a que afirme que 'en la inacabable búsqueda de la verdad nada es más lícito que abandonar posiciones que antes eran erróneas'.

Antes bien, aunque acotada al ámbito contractual y a la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta evidente que en su tesis subyace un propósito de desintegración de nuestra cultura jurídica, despreciando la unidad de sus elementos comunes, más allá de la diversidad de las nociones que han intentado delimitar la figura del contrato administrativo y de la evolución que cabe esperar de la jurisprudencia.

Dicha postura resulta, por cierto, inexplicable, pese a que nos advierte que 'el día que la jurisprudencia y la práctica administrativa se hayan adecuado a la doctrina moderna nuestra tesis ya no será necesaria', lo cual significa —siguiendo la línea de pensamiento articulada— que el día en que se abandone la creencia jurídica en la configuración de las cláusulas exorbitantes implícitas en los contratos administrativos su postura (contraria a la categoría del contrato administrativo) no tendría ya más sentido, dejando entonces de preocuparse por el raquitismo que le atribuye a dicha figura cuando se la despoja de las cláusulas exorbitantes implícitas.

Ese día, que probablemente celebraremos ambos, Mairal dejaría de sostener su tesis. Pero para alcanzar ese punto culminante de la evolución jurídica que vaticina, en vez de sumarse a nuestras filas y luchar juntos por la misma idea, como hubiera sido lógico, el autor ha optado por atacar nuestra tesis sosteniendo, alternativamente, que hemos cambiado nuestra postura originaria, o bien, que no la modificamos sino que, en realidad, la sustituimos por otra teoría semejante, conclusión que suponemos asombrará a más de un cultor del derecho administrativo, por la contradicción que encierra.

El fondo de la discrepancia

Parecería que, al aferrarse a un legalismo de cuño positivista, el punto esencial de la tesis que criticamos consistiría en sostener que el contrato administrativo y su régimen jurídico dependen, única y exclusivamente, de su configuración legislativa, sin importar los principios del derecho administrativo ni los criterios en que se apoya el legislador cuando formula la delimitación jurídica de la figura.

Pero el respeto por la ley positiva que traduce, sin duda, una de las conquistas del derecho decimonónico, reafirmada en el derecho público de este siglo, no puede llevarse a ultranza hasta el punto de desconocer que resulta imposible la existencia de una regulación legislativa que contemple todos los casos y no engendre vacíos normativos como también que la ley constituya el único canal susceptible de anticipar las soluciones que demandan las nuevas instituciones jurídicas creadas al impulso de las necesidades políticas, sociales y económicas.

Todo ello, sin olvidar el papel que cumple la justicia en el ámbito del contrato administrativo, papel éste que ha sido destacado en un trabajo reciente en el que se critica la tesis de Mairal, desde una posición filosófica que compartimos(6).

Es que el derecho no puede reducirse a un recetario de descripciones pragmáticas ni menos aún, a un mero legalismo divorciado de los fines y principios que lo animan y de la realidad que lo circunda.

Señalamos todas estas cosas porque pensamos que más allá del régimen jurídico (sobre el que mantenemos coincidencias importantes) la discrepancia central que nos divide pasa, evidentemente, por el plano de las concepciones que tenemos acerca del derecho, la justicia y la función que cumplen la doctrina y la jurisprudencia, en la elaboración y desarrollo de las instituciones y técnicas de la contratación administrativa.

Asignarle más importancia a la forma que a la sustancia de las cosas, al pragmatismo sobre la elaboración de doctrinas y principios que sirvan para orientar la solución que debe aplicarse en los casos concretos, suponer, en fin, que la función del jurista se limita a una mera descripción de los repertorios jurisprudenciales y legales sería algo así como incurrir en la actitud de aquel propietario de un vehículo que se preocupa sólo por la carrocería.

Tal es el fondo de nuestras discrepancias, las cuales el autor apenas alcanza a esbozar con una acritud mayor que la que exhibimos en la crítica de lo que calificamos como 'un intento doctrinario infructuoso'.

El tiempo terminará, como siempre, dando prevalencia a la posición de uno o de otro y, aunque no podamos asegurarlo, parece difícil que las semillas que esparce nuestro contendiente vayan a fructificar en el derecho argentino y que alguien que siga su tesis pueda salir airoso del confuso laberinto a que ella conduce.

Si bien Mairal renuncia a la formulación, tan siquiera restringida, de una noción sobre el contrato administrativo(7) (por lo que su tesis deviene inconclusa) seguiremos aguardando que responda a una de nuestras críticas principales y que explique cómo puede negarse la figura del contrato administrativo y sostenerse, al mismo tiempo, que debe acotarse la teoría o el régimen jurídico que la nutre, sin precisar el criterio que define la categoría reducida de contratos administrativos que propicia, a través de una idea que carece de contornos definidos.

4

La crítica de una teoría no es reemplazable por proposiciones meramente descriptivas

La primera dificultad que plantea la tesis de Mairal, deriva del hecho de que más que una teoría o categorización jurídica lo que expone es un ensayo, habida cuenta de que —como lo reitera— se trata de una crítica meramente descriptiva que cuestiona, básicamente, la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas en los contratos administrativos.

Pero esa objeción, que parecería constituir su principal crítica en tanto apunta a la peligrosidad que atribuye a la teoría, se diluye al sostener que:

'Alternativamente, se puede evitar la crítica limitando la definición a aquellos contratos que tienen previsto un régimen especial, sea en ley, sea en la documentación contractual misma, y restringiendo las consecuencias a las expresamente previstas en dicha ley o documentación. Pero en tal caso la teoría del

contrato administrativo se torna en gran manera inútil, al privársela de consecuencias sustantivas y limitársela a la descripción del régimen que para ciertos contratos imponen la ley o la documentación contractual respectiva'.

Por lo demás, este criterio alternativo resulta sorprendente y confirma que Mairal continúa sosteniendo dos razonamientos opuestos en el sentido de que: (i) la teoría del contrato administrativo resultaría peligrosa para los derechos del contratista privado; (ii) la teoría del contrato administrativo sería una construcción doctrinaria que se orienta a beneficiar al contratista y perjudicar al Estado (conforme se indica al final de la segunda parte de su primer trabajo).

¿Cómo sería posible armonizar estas dos tesis contrapuestas que exhibe el ensayo de Mairal?

Lo cierto es que hacia el final de su artículo, el autor ratifica el criterio alternativo que propone cuando afirma que 'no existe ni puede existir en el futuro una teoría general del contrato administrativo a menos que se la reduzca a una mera descripción de lo que ocurre en ciertos contratos con el Estado en virtud de sus respectivos regímenes legales o de sus mismos textos'.

En este punto está la clave para entender la contradicción que anida en el razonamiento de Mairal, puesto que su tesis condensa, sin armonizarlas, tres proposiciones distintas: a) la teoría del contrato administrativo no existe; b) la citada teoría no puede existir en el futuro, y c) la teoría puede existir siempre que se la reduzca a una mera descripción de lo que ocurre con 'ciertos contratos' del Estado en función de sus regímenes legales o de los textos de cada contrato en particular.

Sería interesante poder saber en qué consiste la teoría restringida que admitiría sobre 'ciertos contratos' administrativos, cuál es el criterio que determina su inclusión en la categoría y el grado de generalización de las reglas de derecho público aplicables. Por el momento, aunque no perdemos la esperanza de que Mairal complete o aclare algún día la postura que expone como alternativa, pasaremos al análisis de las proposiciones que formula.

La primera proposición implica la inexistencia de la llamada teoría del contrato administrativo, que suponemos incluye nuestra tesis sobre dicha categoría y la diseñada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, un tanto imprecisa, por cierto, pero que marca una línea finalista clara, que se mantiene incólume en las diferentes concepciones enroladas en esta corriente(8).

Llama la atención que, pese a utilizar reiteradamente el concepto de 'interés público', en su libro sobre el Control Judicial de la Administración(9), no advierta el papel trascendente que desempeña en la configuración de la categoría del contrato administrativo, en cuanto constituye la causa fin relevante que justifica la presencia del régimen administrativo del contrato, distinguiéndolo del contrato regido por el derecho privado.

La segunda proposición, que sostiene que la teoría del contrato administrativo no puede existir —aparte de traducir un típico vaticinio autoritario, despojado de fundamento— encierra otra contradicción insalvable, pues si todo depende del régimen legal respectivo no resulta posible negar a priori la aptitud de cualquier régimen que se dicte en el futuro para sistematizar positivamente y con carácter general la figura del contrato administrativo y las reglas aplicables a esta especie de contratos de la Administración. Un buen ejemplo de ello lo proporciona la actual legislación española sobre contratación pública, cuyo funcionamiento hemos descrito(10) que distingue entre contratos típicos y contratos administrativos especiales defiriendo estos últimos como aquellos vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o bien, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública(11).

Finalmente, la tercera proposición de Mairal nos deja aún más perplejos pues al precisar que todo dependerá 'del régimen legal respectivo' evade toda construcción dogmática (necesaria en nuestro sistema en virtud de la ausencia de una regulación general) sobre la base de principios institucionales, sin proporcionar el criterio que le permite discernir el carácter administrativo que tendrían esos 'ciertos contratos', que admitiría que se configuren como contratos administrativos.

La incapacidad para resolver esta cuestión queda al descubierto en tanto se admite que los textos contractuales (es decir, los que traducen la voluntad de las partes) son los que pueden atribuirle al contrato, discrecionalmente, contenido administrativo, lo cual podría alterar la competencia de los órganos administrativos y la regla establecida en el artículo 7° in fine de la LNPA, que resulta más estricta que la vigente en la LCAP española, en cuanto prescribe la aplicación analógica de las prescripciones de dicha ley, 'si ello fuere procedente', expresión esta última que, como es obvio, se refiere tanto a la prevalencia de los regímenes especiales como a la exclusión de los llamados contratos privados de la Administración.

En cuanto a la clasificación formulada por Gordillo, si bien con una óptica distinta, ella no resulta meramente descriptiva como parece insinuar sino que delimita y caracteriza una categoría diferenciada de contratos administrativos, dentro de una amplia gama de contratos de la Administración, como aquellos que contienen 'un crescendo de potestades y privilegios estatales (v.gr. concesiones de uso del dominio público, contratos de suministro y de obra pública, concesiones y licencias de servicios públicos)' estableciendo las notas generales de su régimen, el cual no queda librado a la voluntad de las partes(12).

Las diferencias, pues, saltan a la vista y cuadra anotar que el método meramente descriptivo al que exclusivamente acude el autor que criticamos, ha merecido el repudio de la doctrina española más autorizada. Así, frente a la insistencia de Mairal en sostener nuevamente el mérito del método descriptivo que emplea nos vemos obligados a reiterar la opinión que éste le merece a García De Enterría(13), al destacar la función de la dogmática de un modo elocuente.

En cualquier caso, el razonamiento de Mairal, prescindiendo incluso de la verdad o falsedad de las premisas, exhibe dos tipos de silogismos por cuanto, mientras algunas de las premisas suelen permanecer en la mente del autor (silogismo contraído) su conjunto forma parte de un polisilogismo cuyas premisas se contradicen entre sí, tornando imposible llegar a una conclusión válida en el plano lógico.

Cuando afirma que la falta de peligrosidad de la teoría para el contratista (sin las cláusulas exorbitantes) la convierte en inútil y que, a la inversa, la peligrosidad la hace útil para afirmar luego que la teoría, en definitiva, beneficia al contratista, el razonamiento se parece a la técnica que utilizaban los escépticos griegos (frente a los dogmáticos) para construir lo que se denominó 'argumento del montón', con el objeto de demostrar la imposibilidad de discernir lo falso de lo verdadero, lo cual les hacía pasar de una evidencia perfecta a la mayor incertidumbre y viceversa(14).

5

Sobre el carácter del derecho administrativo francés: un sabia combinación entre empirismo y dogmatismo

El sistema del derecho administrativo nació —lo reiteramos una vez más— para regir en el ámbito de las relaciones entre el Estado y los particulares frente a la insuficiencia del derecho privado para captar el fenómeno de la actuación de la Administración como poder público. En forma paralela y, en algunos casos, casi contemporáneamente, fue articulándose un sistema garantístico —esencialmente en el plano jurisdiccional— que no sólo protege a las personas en supuestos de ilegalidad reglamentaria sino también frente al dictado de actos unilaterales o contractuales violatorios del ordenamiento jurídico.

En Francia, el papel que le cupo al Consejo de Estado en el nacimiento y desarrollo del derecho administrativo ha sido realmente extraordinario (circunstancia ésta que hemos destacado en los estudios y comentarios en los que abordamos el tema[15]), y su influencia en el derecho comparado ha sido tan extensa como profunda.

Esto no significa relegar la función que ha venido cumpliendo la doctrina francesa en la sistematización de la jurisprudencia del Consejo de Estado así como en la creación de las categorías fundamentales y de los principios generales o institucionales del derecho administrativo, en una suerte de alianza entre empirismo y dogmatismo, un diálogo entre jurisprudencia y doctrina, para emplear una expresión de Rivero, volcada en un conocido trabajo en el que aborda precisamente este punto(16).

Cabe apuntar que, con anterioridad, Rivero en una crónica marcadamente aguda(17), se ocupó de rebatir la opinión de Chenot —vinculada al existencialismo filosófico— que al negar la posibilidad de un conocimiento sistemático sobre las categorías del derecho administrativo dejaba todo librado a la prudencia del juez (en el caso se trataba de la categoría conceptual del servicio público) fundado en un criterio primordialmente existencialista y empírico.

No es nuestro propósito relatar aquí la importancia que en el derecho administrativo comparado ha tenido la doctrina francesa en la sistematización y creación de las categorías fundamentales del derecho administrativo. Otros juristas así lo han reconocido y no precisamente franceses(18).

Y si nos apoyamos en las opiniones de Rivero y de García de Enterría sobre la trascendencia que le asignan ambos al rol de la doctrina en el derecho administrativo (podrían, desde luego, mencionarse otras muchas opiniones concordantes de autores franceses) lo hacemos para demostrar, con apoyo en la doctrina de dos de los grandes juristas citados por Mairal, el equívoco en que éste incurre al decir que 'el derecho administrativo no es sino el producto del Consejo de Estado francés', expresando que le resulta sorprendente que no reconozcamos esta circunstancia ni las afinidades existentes entre el common law y el droit administratif, ambos obra de los jueces(19).

Su metodología lo lleva a hacernos decir cosas que no hemos dicho, tales como que 'no es correcto sistematizar el derecho administrativo a través de los precedentes jurisprudenciales'. La sistematización es labor eminentemente doctrinaria que, completada con otras técnicas, constituye una tarea más teórica o dogmática que empírica y pragmática, o bien, meramente descriptiva. Cuando la actividad de sistematización se apoya exclusivamente en los precedentes, la función del jurista se circunscribe a la de un mero comentarista de soluciones específicas y particulares, sin extraer de los casos los principios generales de cada institución ni elaborar las categorías jurídicas fundamentales del derecho administrativo.

Cabe reconocer, sin embargo, que la obra jurídica de Mairal exhibe, en otros temas, aportes que constituyen desarrollos doctrinarios significativos (v.gr. la noción de derecho subjetivo o del mero pronunciamiento administrativo), construcción esta última a la que nos hemos adherido(20) por lo que su renuencia a proponer una noción nos parece inexplicable a la luz de su conducta anterior. No obstante ello, vamos a continuar tratando de aclarar las discrepancias existentes a la luz de nuestra doctrina.

Para descubrir cuáles son las diferencias que mantenemos con la postura de su autor nos basta con reproducir algunos párrafos de la crítica que le formulamos. Allí dijimos:

'La dinámica de los precedentes no sólo puede dificultar la sistematización del derecho sino que se halla muchas veces influida por los elementos reales del caso, por cuya causa, su extrapolación a reglas generales, constituye una operación ciertamente compleja que, basándose sólo en esa metodología, corre el riesgo de incurrir en grandes contradicciones (aunque sea únicamente por la diversidad de órganos judiciales y los cambios que se producen en las personas que los integran). Ello no implica desconocer o negar su utilidad, en cuanto, aparte de la posibilidad de generar también principios institucionales (como ha sucedido con la jurisprudencia del Consejo de Estado francés), proporcionan una visión realista del derecho. Con lo que no estamos de acuerdo, entonces, es tanto en la pretensión de fundar, exclusivamente, en los precedentes y en las leyes positivas todo el derecho público como en relegar la función y trascendencia del papel que cumple la doctrina en la construcción del derecho administrativo'(21).

Las discrepancias son, por lo tanto, advertibles y no pueden disimularse bajo la máscara de recursos dialécticos. Sería bueno conocer claramente (i) cuál es la opinión que tiene nuestro contendiente acerca del papel que ha cumplido y cumple la doctrina en el derecho administrativo y (ii) si la sistematización jurisprudencial debe hacerse, exclusivamente, en función de los casos, prescindiendo de toda construcción dogmática. Pues aquí se encuentra otro punto fundamental del debate acerca de la inteligencia que el autor asigna al derecho administrativo francés (y por extensión al derecho argentino) y la discrepancia no puede soslayarse sobre la base de la unificación de principios y de algunas afinidades que se van plasmando entre los derechos continentales europeos y los sistemas anglo-sajones, cosa que nadie ha desconocido ni discute.

A su turno, el énfasis que pone Mairal en la crítica al derecho administrativo francés lo lleva a decir que los franceses 'visten su pragmatismo con elegantes ropajes teóricos que deslumbran a juristas de nuestras latitudes, haciéndoles confundir la forma con la substancia' (sic).

Aun dejando a salvo el hecho de que no solamente los juristas de nuestras latitudes reconocemos los aportes que la doctrina francesa ha efectuado para la construcción del derecho administrativo, es evidente que la opinión de Mairal apunta, en definitiva, a sostener que el ropaje teórico con que dicha doctrina viste las soluciones pragmáticas de la jurisprudencia es forma y no sustancia teórica o dogmática.

La conclusión de este juego de palabras, con reminiscencias kantianas, no parece ser otra que la negación de la función sustancial de la doctrina en la elaboración del derecho administrativo, la que se limitaría a vestir el pragmatismo con un ropaje teórico ¿Puede haber un derecho o teoría jurídica no sustancial basada exclusivamente en el empirismo? ¿Cuál sería entonces el papel de la ley y de la interpretación doctrinaria y la función de los abogados como operadores jurídicos?

Que esto se predique de los autores franceses parece una 'boutade' de Mairal salvo que 'el grado de sutileza y gusto por las matizaciones', que caracteriza a la doctrina francesa(22), lo hayan desorientado, haciéndole perder la brújula de su pensamiento.

Porque no únicamente Laubadère(23) ha destacado la trascendencia de la obra de los grandes doctrinarios franceses en la construcción del derecho administrativo moderno sino que otros maestros como Rivero han marcado con agudeza la evolución y la complementariedad sucesiva entre la doctrina y la jurisprudencia, llegando a señalar que si aquélla se limita a transcribir las soluciones de cada especie de casos un buen fichero sería suficiente. Por el contrario, la función esencial de la doctrina es la síntesis —agrega Rivero— la enunciación de reglas y principios generales simplificados en cada solución 'la généralisation son climat,

la categorie, son mode normal de pensée'(24).

Como apunta Rivero no existe propiamente una doctrina del Consejo de Estado; sus fórmulas son por el contrario lacónicas para escapar a la tiranía del precedente a la que están más aferrados los jueces anglosajones y por ello el aforismo 'qu'on ne se baigne jamais deux fois dans le meme fleuve' traduce el propósito de evitar una generalización susceptible de extenderse a una serie sucesiva de litigios(25).

Antes bien, la función de la doctrina consiste —como se ha visto— no sólo en la sistematización de la jurisprudencia sino también en la enunciación de reglas generales y en la elaboración de las categorías jurídicas fundamentales mediante una 'indisoluble conjunción de esfuerzos del juez y de la doctrina'(26) y una aproximación tanto a la justicia como a la realidad.

6

La tesis contraviene la fórmula de integración analógica prescripta en el artículo 7° in fine de la LNPA

Al propio tiempo, Mairal ensaya un argumento tendiente a justificar que su ensayo no se opone al ordenamiento legal argentino y nos dice que 'mal puede contraponerse nuestra tesis con la ley cuando constantemente sostiene que allí donde existe ley, deberá aplicársela', afirmación de principio que sólo revela atracción por el positivismo legalista.

Pero, si se analiza una de las principales proposiciones descriptivas de la tesis (en cuanto acota la categoría del contrato administrativo) puede verse cómo se contrapone con el precepto enunciado en el artículo 7° in fine, de la LNPA en cuanto prescribe:

'Los contratos del Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título, si ello fuere precedente'.

Este precepto, va de suyo, impone la integración analógica de las reglas y principios de fondo (no procesales) de la LNPA a los contratos del Estado, permisos y concesiones, salvo que éstos se encuentren regidos por regímenes especiales, en cuyo caso prevalece, como antes lo hemos explicado, la regulación especial. Pero aun en este caso, la norma prescribe la aplicación analógica de las prescripciones del Título III de la LNPA en tanto ella fuera precedente, lo que no cabe sino interpretar que se refiere a tres supuestos: a) incompatibilidad de la norma general de la LNPA con alguna prescripción del régimen especial, b) incompatibilidad con la propia institución contractual, y c) que se trate de contratos de derecho privado en los que, por principio, no rigen las prerrogativas de poder público.

La tesis de Mairal (en la versión restringida que admite el contrato administrativo) parece tan sólo postular la aplicación de las normas de los regímenes legales respectivos y de los mismos textos contractuales, con lo cual dejaría sin vigencia positiva al precepto contenido en el artículo 7° in fine de la LNPA que prevé la aplicación analógica, incluso para los contratos regidos por regímenes especiales.

Además, a esa primera laguna del ensayo cabe añadirle una segunda, quizás de mayor entidad interpretativa, ya que si sólo acepta que esos 'ciertos contratos' (que no define) sean contratos administrativos cuando poseen un régimen jurídico especial (o sea, los contratos típicos y nominados) o se desprenda de sus textos, va de suyo que a aquellos contratos del Estado que carezcan de una regulación especial o fueran mixtos (contratos atípicos con elementos de una u otra especie contractual) no se les aplicaría la tesis que estamos criticando, pues al no ser administrativos mal podría extenderseles el sistema de prerrogativas de la LNPA lo cual, como dice el artículo aludido, no sería precedente.

En cambio, la categoría del contrato administrativo que propiciamos resulta compatible con la fórmula de integración analógica prescripta en el artículo 7° in fine, de la LNPA no dejando de advertir que, como lo señala la doctrina contemporánea, el contrato administrativo 'no es un mundo cerrado sino una especie de vector del acto administrativo' que no escapa a la unilateralidad de la acción administrativa, tanto en su formación como en su ejecución(27).

7

La crítica a nuestra tesis y la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino

No seríamos sinceros si afirmáramos que nos resulta indiferente que un autor de la talla de Mairal considere imprecisa nuestra tesis sobre el contrato administrativo pero tampoco nos sorprende su discrepancia pues, en cierto modo, todo jurista que propone una tesis se halla expuesto a la crítica, la que actúa como motor que hace al funcionamiento del sistema jurídico y, en el caso que nos ocupa, al

desarrollo dogmático de una de las principales instituciones del derecho administrativo.

Lo que sí nos sorprende es que nuestro colega se contente con esbozar su crítica desde el ángulo estrecho de un mero comentarista de doctrinas ajenas, renunciando a la tarea de proponer la suya en aras de un pragmatismo descriptivo, en el que sigue creyendo firmemente. En este aspecto, resulta verdaderamente inconcebible el divorcio que plantea ese pragmatismo con la teoría, con los principios dogmáticos y, en suma, con la concepción de la teoría de la justicia en el contrato administrativo ya que, salvo que se trate del pragmatismo como ideología, el método descriptivo no implica necesariamente una huida de los principios ni de toda explicación dogmática de las concepciones jurisprudenciales dominantes en el ámbito contractual.

La crítica de Mairal a nuestra tesis sobre el contrato administrativo se concentra tanto en la noción como en el régimen jurídico, aunque también se ocupa de resaltar las que denomina afinidades ocultas con otras instituciones del derecho administrativo, como el servicio público y las notas que lo caracterizan.

En tal sentido, la lectura de una obra ajena puede deparar el descubrimiento de afinidades antes desconocidas que, en cierto modo, podría decirse que permanecían ocultas para el lector o investigador que recién se asoma al escenario de la doctrina del contrato administrativo.

Pero de ahí a tratar de demostrar o de insinuar que hemos ocultado esas afinidades hay un abismo que no debería cubrirse con interpretaciones subjetivas y deformadas de nuestra tesis e incluso sobre la evolución de nuestro pensamiento jurídico, aun cuando se trate de un subjetivismo que opera desde el nivel del inconsciente individual.

Porque, en esa tarea, una de las primeras reglas a cumplirse cuando se encara la crítica de una obra ajena consiste en adentrarse a la esencia de la doctrina del otro sin deformarla con artilugios interpretativos, en suma, a tratar primero de pensar cómo lo hizo o haría el otro para no desfigurar el pensamiento del contendiente y evitar que éste pueda sorprenderse al comprobar que ponen en su boca cosas que no dijo o ideas que ni siquiera imaginó.

7.1. La delimitación de la figura del contrato administrativo

Con una evidente falta de argumentos (como se verá más adelante), Mairal tiene a bien criticar nuestra tesis sosteniendo que no logra superar la imprecisión de la doctrina francesa y, además, que 'no sólo agrega al problema una nueva noción general sobre la que la doctrina no se ha puesto de acuerdo sino que incurre además en un razonamiento circular'(28) y 'que no es más feliz la caracterización que prevé la nueva ley española'(29).

Pero fuera de que las nociones jurídicas nunca son totalmente precisas, ni utilizan el lenguaje matemático o simbólico sino el lenguaje natural, donde cada término contiene, a la vez, un halo de certeza y otro de penumbra, Mairal manifiesta su desacuerdo con la inclusión del concepto de función administrativa, en sentido material, para delimitar la figura del contrato administrativo.

Por de pronto, la idea de conectar la función administrativa con el acto administrativo ha sido sostenida desde distintas posiciones doctrinarias(30) y su aplicabilidad al contrato administrativo no es sino una derivación o desarrollo de esa tendencia que, por cierto no es unívoca, en cuanto al contenido objetivo que entraña la noción y su extensión a la actividad material de los órganos Legislativo y Judicial.

En segundo lugar, y entre nosotros, la concepción objetiva o sustancial, sobre la función administrativa no es una teoría aislada, como parece insinuar el citado estudio. Esa línea cuenta, nada menos, con el apoyo de la doctrina tradicional del derecho administrativo(31) y del derecho constitucional(32), así como de la doctrina que fluye de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación(33).

En cambio, la tesis objeto de nuestra crítica permanece en una zona de indefinición sin enunciar criterio alternativo alguno acerca de lo que entiende por función administrativa y su conexión con la figura del contrato administrativo.

Ahora bien, su crítica esencial en este aspecto es otra y pretende basarse en la lógica. Consiste en sostener que nos encerramos en un razonamiento circular por cuanto si el contrato administrativo es aquel cuyo contenido pertenece a la función administrativa 'resultaría contrato administrativo aquel sujeto a un régimen de derecho público' lo que no contesta la pregunta esencial, o sea, 'cuáles de todos los contratos que celebra el Estado, se encuentran sometidos a un régimen de derecho público'(34).

Sin embargo, si se repara en que la concepción objetiva del contrato administrativo, es, al propio tiempo, una noción finalista que se encuentra conectada con la causa de interés público relevante(35) desaparece

la objeción que nos hace Mairal, aparte de que la función administrativa encierra también un contenido finalista (el bien común o interés público), que el autor parece ignorar o soslayar.

Si el régimen jurídico constituye una consecuencia o efecto que deriva, sustancialmente, de la causa fin objetiva del contrato se podría, desde luego, discrepar con esta idea, pero no parece posible argumentar que se trata de una 'caracterización tautológica' pues, precisamente, allí radica el punto central de la diferencia entre el contrato civil y el administrativo.

Estamos de acuerdo en que ésta es la pregunta o cuestión esencial que plantea la categoría del contrato administrativo. Lo sorprendente es que conociendo la naturaleza esencial de la referida cuestión —no obstante nuestra insistencia— el autor se niegue a responderla y completar su tesis con el argumento de que no le corresponde proponer una definición sino que le basta con demostrar la imprecisión de las definiciones propuestas(36).

Probablemente, Mairal arguya que carece de interés establecer la línea divisoria que se viene planteando en la dogmática del derecho administrativo con el propósito de distinguir el contrato civil o comercial del administrativo, sosteniendo que ello no tendría efectos sustantivos ni debería tenerlos en el orden jurisdiccional. Sin embargo, dejando de lado el hecho de que su singular postura conculca el derecho argentino (como se ha demostrado) que básicamente es un derecho local y, en menor medida, nacional, el ensayo de Mairal deja sin explicar la cuestión de la precedencia de los principios aplicables en los casos de contratos atípicos o innominados y el modo en que opera la analogía con base en las soluciones que brinda el derecho privado ¿Cuál sería el régimen de invalidez de dichos contratos? ¿El régimen de la LNPA o el del Código Civil? Estos interrogantes y otros más quedan sin respuesta en los sucesivos ensayos que el autor ha esbozado para demoler, sin éxito, un edificio cuyos cimientos garantizan la aproximación hacia la justicia y la seguridad jurídica y, en suma, a la paz social, en mayor medida que las formulaciones civilistas aplicables en materia contractual.

7.2. La inexistencia de cláusulas exorbitantes implícitas en la noción y en el régimen jurídico del contrato administrativo

Creíamos haber sido claros en los estudios en que, desde hace tiempo, veníamos negando la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas en los contratos administrativos, en contra de la concepción tradicional, inspirada en la doctrina francesa.

Suponíamos también que, aunque Mairal había ignorado esos estudios, que datan de varios años atrás, y creyera haber expuesto una tesis novedosa en el derecho argentino, el descubrimiento de su coincidencia con nuestra teoría, en este punto, le iba a provocar alguna satisfacción intelectual, máxime cuando es uno de los temas centrales de nuestro debate.

Pero la defensa de una determinada postura puede llevar, muchas veces, de un modo inconsciente a deformar las tesis adversas con el propósito de demostrar que no son como se les ha planteado y resuelto o, al menos, que parezcan confusas.

Algo similar ocurre con la crítica que nos hace Mairal pues aunque reconoce, que desde 1982(37), venimos rechazando la doctrina que admite las cláusulas exorbitantes implícitas en el contrato administrativo, a renglón seguido manifiesta que el alcance de ese repudio 'no se desprende claramente de su obra'.

Sin embargo, 'la inacabable búsqueda de la verdad' a la que el autor confiesa adherir, debió haberlo llevado a una conclusión diferente habida cuenta de que:

a) en la noción de contrato administrativo nunca hemos incluido (en los diferentes trabajos doctrinarios) la figura de las cláusulas exorbitantes implícitas;

b) una lectura objetiva de nuestra postura doctrinaria revela que, por el contrario, desde el año que cita Mairal y, por cierto después(38), hemos rechazado su existencia, en forma por demás categórica, mientras nuestro contendiente guardaba silencio sobre el punto;

c) el régimen exorbitante o 'régimen administrativo' del contrato de esta especie que celebra la Administración no se confunde con la cláusula exorbitante expresa que puede eventualmente surgir del propio contrato (menos aún se asimila, por cierto, a la cláusula exorbitante implícita). El régimen exorbitante deriva siempre del ordenamiento general que contiene las prerrogativas de poder público(39).

Por todo ello, sostener que nuestra concepción sobre el régimen administrativo contractual implica nada menos que sustituir la cláusula exorbitante implícita por el régimen exorbitante, no pasa de ser otra de las interpretaciones equivocadas en que incurre acerca de nuestro pensamiento jurídico(40).

En efecto, del hecho de considerar que las prerrogativas estatales integran el régimen que rige el contrato administrativo, no puede desprenderse la inclusión en aquél de las cláusulas exorbitantes implícitas, máxime cuando sostenemos que las prerrogativas de poder público surgen siempre, en forma expresa, del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, en oportunidad del Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza celebrado en 1977 cambiamos ideas sobre este punto con el Profesor André de Laubadère. Tanto en esa ocasión como en las pláticas posteriores que mantuvimos, el recordado maestro y amigo nos anticipó la evolución de su postura en el sentido de utilizar el concepto de régimen jurídico exorbitante como el entorno objetivo a la voluntad de las partes reflejada en las cláusulas del contrato(41). ¿Acaso cabría calificar de proteica a la doctrina de Laubadère?

Y para dar por cerrada la cuestión no se le ocurre a Mairal nada mejor que decir que, aunque se sostenga la inexistencia de las cláusulas exorbitantes implícitas, la teoría del contrato administrativo sería inútil, pues estaría privada de efectos sustantivos. ¿Pero, qué pasaría en caso de sancionarse un régimen general aplicable a la contratación pública que contenga prerrogativas de poder público? ¿Por qué la teoría resultaría inútil aun en el supuesto de limitarse a los contratos administrativos regidos por leyes especiales? Veamos, pues, seguidamente las principales críticas que le merece el régimen jurídico que se asigna a la figura del contrato administrativo para ver si se justifican o no las objeciones formuladas.

7.3. La mutabilidad y el equilibrio financiero del contrato administrativo. Otras cuestiones

Corresponde reiterar, siguiendo a la doctrina española, que la mutabilidad del objeto y el mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones durante la vida del contrato son los dos grandes polos 'entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa'(42) y que el principio de inalterabilidad del fin(43) se articula con el *pacta sunt servanda* como un principio institucional dogmático que confiere sentido y razonabilidad a cualquier modificación contractual.

Sin responder a nuestras objeciones, obviando nuevamente el punto básico en debate, Mairal arguye que le resulta imposible conocer con exactitud cuál es nuestro pensamiento alegando que le parece que hemos afirmado en nuestro artículo la procedencia del 'ius variandi' como cláusula exorbitante implícita, aunque termina, acto seguido, reconociendo que sostenemos que la modificación contractual sólo puede hacerse por acuerdo de partes.

Pero ocurre que en parte alguna de nuestra tesis sostuvimos la afirmación que 'le parece' hemos efectuado la cual, por otra parte, no cita en forma concreta.

¿No sería más lógico que Mairal hubiera apoyado su crítica en una afirmación determinada y cierta antes que en lo que parece o imagina que hemos sostenido? Desde luego que, con este peculiar método, sería relativamente muy fácil criticar todas las concepciones jurídicas imaginarias que cada jurista atribuya a otro.

Si bien nos resistimos a entrar en un debate de esta naturaleza, no queremos dejar de señalar que Mairal no responde al interrogante que formulamos en el sentido de hasta qué punto la modificación posterior del contrato resulta compatible con el principio de igualdad que rige el procedimiento de selección y la procedencia o no de la mutabilidad contractual consensuada, como tampoco qué acontece cuando el *ius variandi* proviene de una norma reglamentaria posterior.

Menos fortuna merece aún su crítica al principio del mantenimiento del equilibrio financiero del contrato administrativo y su conexión con la mutabilidad contractual e inalterabilidad del fin que persigue dicha institución, cuyo fundamento constitucional (art. 16, Constitución Nacional) no cuestiona ni rebate.

La fidelidad a la premisa de la cual parte, eminentemente privatística, lo lleva a refugiarse en el molde de la teoría de la imprevisión que, si bien constituye una de las posibilidades a la que se acude para corregir ciertos desequilibrios contractuales, resulta inapropiada cuando se plantea la necesidad de una modificación consensuada, como forma de preservar el fin de interés público tenido en cuenta al celebrar la contratación.

A su vez, hay otro punto en el que discrepamos. Se trata de la interpretación sobre la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* y su inoponibilidad, que Mairal predica respecto de la concesión de servicios públicos mediante una postura que, nos parece, revela una tendencia marcadamente estatista, por las razones que hemos expuesto en oportunidad de criticar su opinión(44).

En lo concerniente a las críticas que formula sobre la figura del contratista como colaborador de la

Administración y los efectos de los contratos administrativos no vemos nada jurídicamente nuevo ni significativo que nos aparte de las opiniones, vertidas con anterioridad, que refutan sus principales argumentos.

Pero no podemos dejar de responder —tan siquiera en forma sucinta— a las afirmaciones que desliza acerca de la temática del servicio público donde nos endilga haber sostenido la tesis de la publicatio como la creación de un título *ope proprietatis* sobre actividades privadas, tal como la definió en España Bassols Coma(45), atribuyéndonos esta última opinión que no sostenemos, pues hemos circunscripto la noción a la titularidad de la función o actividad, lo que es algo diferente de la creación de un título de propiedad a favor del Estado.

Precisamente, el concepto de 'declaración legislativa' que propusimos utilizar en reemplazo de la publicatio ya lo habíamos empleado en el artículo que cita Mairal(46), circunstancia, esta última, que explica la evolución de nuestro pensamiento sobre la citada institución entendida como 'el sometimiento de una actividad al régimen del servicio público', lo cual no puede, sin embargo, confundirse con la potestad regulatoria que posee el Congreso, que recae incluso sobre aquellas actividades privadas que no configuran servicios públicos, con lo que la coincidencia a la que apunta Mairal dista de ser completa, como no lo es tampoco respecto a los principios o caracteres del servicio público.

Con todo, la declaración legislativa resulta por sí misma insuficiente para calificar como servicio público, una determinada actividad ya que esta delimitación debe hacerse con arreglo al principio de subsidiariedad y los fines públicos que se persiguen. Sería por lo tanto inconstitucional (para quienes afirmamos la existencia de este principio en el marco de la Constitución) que el Congreso declarase que son servicios públicos actividades tales como la fabricación de corbatas, la vitivinicultura, la producción de tabaco y su transformación comercial, la prostitución, el juego, etc.

Frente a ello, la tesis de Mairal, al desatenderse de los fines y del principio de subsidiariedad, deja todo librado a la omnipotencia del legislador, lo que resulta a todas luces inadmisibles y probablemente una consecuencia no querida de la tesis del autor, al que suponemos adversario del estatismo y de las regulaciones económicas.

Obsérvese, asimismo, que con el método que emplea Mairal para dar a entender que seguimos en este sentido su línea de pensamiento, podríamos llegar a sostener que la utilización del concepto de 'declaración legislativa' a que alude en su conocido trabajo sobre la noción de servicio público, 'viene a coincidir, en gran medida' con la idea que expusimos en nuestro estudio de años anteriores. La diferencia, como en los otros supuestos que hemos puntualizado, se encuentra en el plano del fin de la institución y de sus principios fundamentales.

8

Reflexiones finales

A la vista del nuevo artículo de Mairal rescatamos, por de pronto, la trascendencia de un debate sobre la figura del contrato administrativo y no obstante el hecho de que quedan pendientes una serie de cuestiones, como la relativa a la inserción o aproximación a la justicia, la competencia del fuero contencioso administrativo y la proyección del principio de igualdad en el ámbito de la llamada 'zona común' de la contratación pública, entre otras, los aspectos básicos de las discrepancias han sido suficientemente desarrollados.

Hace tiempo que en la doctrina no se daba una discusión similar en torno a posiciones discrepantes en la que cualquiera sea la orientación o tendencia del futuro pensamos que puede contribuir al progreso de la disciplina, probablemente mediante la participación en el debate de los distintos protagonistas del derecho administrativo, algunos de los cuales ya han comenzado a tomar partido con sus aportaciones doctrinarias.

Es que el derecho —como puntualiza Tomás Ramón Fernández—(47) es, definitivamente, el derecho de todos. Por tal razón, siempre hemos criticado los métodos de enseñanza que se basan en el conocimiento y transmisión de una única doctrina, ya que cuando el estudiante se recibe de abogado, puede llegar a encontrar un escenario distinto al que se le enseñó, ignorante de las concepciones y soluciones jurisprudenciales opuestas a la única herramienta jurídica que maneja.

Todo cuanto hemos escrito no empece a que reconozcamos, como algo positivo, las afinidades que tenemos con Mairal en determinados aspectos de los contratos de la Administración, afinidades que nos agrada seguir profundizando, sobretudo, en lo que atañe al régimen jurídico que acompaña al contrato administrativo y a la crítica de algunas soluciones jurisprudenciales que, posiblemente, compartirá con

nosotros.

Cabe lamentar, eso sí, que nuestro contendiente se limite a una labor descriptiva y renuncie a proponer una formulación dogmática sobre el contrato administrativo que aproveche, aunque sea en parte, las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales existentes. Al proceder de ese modo, su tesis queda reducida a la categoría de un ensayo crítico.

Por nuestra parte, pensamos que el equilibrio de toda concepción sobre el contrato administrativo transita por vías reales y tiende a resolver el choque de los intereses en pugna: el interés público, no circunscripto sólo al interés actual de los consumidores o usuarios de los servicios públicos ni tampoco al de los contribuyentes, sino que se integra con una suma de intereses públicos y privados conexos, tales como aquellos que hacen a la libertad de empresa, al equilibrio fiscal y a la competitividad interna y externa, para no citar sino los que revisten mayor trascendencia.

A su turno, no hay que olvidar que la transparencia y claridad de las reglas aplicables, constituyen presupuestos de la seguridad y de la paz social, representando el mejor antídoto para combatir la corrupción que suele estar presente en las prácticas y procedimientos de contratación pública. Sobre este punto creemos que la corrupción proviene más de los hombres que de los ordenamientos normativos lo cual no implica desconocer que haya sistemas más proclives que otros a su generación y desarrollo pero, por sobre cualquier teoría u ordenamiento, lo importante será siempre la decisión de erradicarla e imponer la máxima transparencia en los procedimientos administrativos concernientes a la contratación pública.

En el mundo real en que transcurre nuestra política y economía, la figura y el régimen del contrato administrativo deberían tender, en todo caso, a compensar el peso de las prerrogativas de poder público pues, cualquiera sea el sistema que se escoja, resulta ingenuo suponer que el Estado renunciará a introducir las en aquellos contratos que celebra la Administración cuya causa configura un interés público relevante, aun cuando, en algunos países, el derecho positivo o la jurisprudencia (y aun la doctrina) sigan calificándolos como contratos privados.

Desde luego que esa función de compensar los desequilibrios, como contrapartida del papel de colaborador que asume el contratista en los contratos administrativos y de las cargas que se le imponen, no implica atribuirle privilegios indebidos, susceptibles de alterar la justicia de los intercambios.

En suma, nos parece que, a partir de este debate, la categoría del contrato administrativo —tal como la concebimos— ha salido indemne⁽⁴⁸⁾ a la crítica descriptiva que le ha hecho nuestro contradictor por la sencilla razón que responde más a la realidad de las cosas que a la voluntad de las personas que han participado en su configuración (jueces, juristas y legisladores).

Estamos de acuerdo en que, en el futuro, nuestras afinidades serán mayores y, por último, nos queda la esperanza de que el debate continúe llevándose a cabo en el campo estrictamente intelectual, sin la pasión que suele acechar a los contendientes, aunque sí, con la firmeza que cabe poner en la defensa de la verdad, sin olvidar que —como dice Nieto⁽⁴⁹⁾— 'el secreto del buen jurista no es conseguir la victoria — que de ello no se trata— sino de mejorar la posición que ha recibido'. El secreto, quizás, se encuentra también en mantener la unidad de los elementos comunes de nuestra cultura jurídica la cual, a través de un proceso evolutivo, va forjando las herramientas útiles para operar la transformación progresiva de sus instituciones, cualquiera fuera la fuente de la que provengan.

NOTAS

(1) Publicado en [ED, 180-849] (serie especial dedicada al Derecho Administrativo).

(2) Véase: Cassagne, Juan Carlos, Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo, publicado en [ED, 180-773] (serie especial dedicada al Derecho Administrativo).

(3) Tal como lo viene afirmando desde las primeras ediciones de su *Droit Administratif* (Vide: por ejemplo, la 3ª ed., París 1968, pág. 28).

(4) Rivero Jean, *Droit Administratif*, 10ª ed., París 1993, pág. 31.

(5) Un ejemplo de la línea que criticamos en el texto lo proporciona Mairal en el artículo referido al afirmar que insistimos en citar al derecho inglés como afín a la teoría del contrato administrativo y que nada es más erróneo que ello (nota 5). Lo que señalamos allí es otra cosa distinta y consiste en señalar la tendencia del derecho anglo-sajón hacia el derecho público en los contratos que celebra la Administración, lo cual traduce una idea más amplia que, por otra parte, estamos lejos de atribuirnos, pues proviene de

Gaspar Ariño Ortiz (en su estudio Contrato y Poder Público publicado en el libro homenaje al Profesor Marienhoff, Buenos Aires, 1998, pág. 870 y sigtes.) y encuentra apoyo en diferentes juristas ingleses. Pero Mairal, en lugar de refutar la opiniones de los doctrinarios anglo-sajones y la interpretación que formula Ariño Ortiz se refugia en sus argumentos anteriores con lo que pretende cerrar este debate y de paso, nos endilga algo que no hemos afirmado. Para facilitar la comparación pasamos a transcribir ambas notas. En la nota de nuestro trabajo se dice (79): En un lúcido estudio de Ariño Ortiz se describe la tendencia del derecho anglo-sajón hacia la publicación de los contratos que celebra el Estado (Contrato y Poder Público, cit. págs. 870 y sigtes.) con apoyo en los estudios de Turpin, Friedman y Mitchell; como señala Ariño, este último autor, precisamente, sostuvo que 'los ordinarios remedios por incumplimiento no son aplicables en estos casos' no siendo razonable 'exigirle al contratista una obediencia no compensada, cuando en muchos casos está llevando a cabo actividades en beneficio de la colectividad, actividades que de otro modo debería realizar la Administración'; 'pero en tanto estos contratos con autoridades públicas (que al mismo tiempo tienen poderes de ordenación) sean considerados como contratos privados, tales inequidades son inevitables' (Mitchell, J., *The contracts of Public Authorities. A Comparative Study*, London, 1954) mientras que Turpin llegó a decir que 'es realmente excepcional que un Tribunal tenga ocasión de aplicar las reglas del derecho común a un contrato del Gobierno', y que 'el derecho general de los contratos sólo muy excepcionalmente se aplica a los contratos del gobierno británico, por la sencilla razón de que el derecho primariamente aplicable a ellos es el que el propio contrato establece en un detallado texto que el gobierno aprueba y que existe especialmente para los contratos de suministros y de obras públicas' (Turpin, Colin C., *The London Transcript. A Comparative Look At.: Public Contracting in the United States and United Kingdom*, London and Chicago, 1971, cit. por Ariño Ortiz en el estudio Contrato del Estado y Common Law, prólogo al libro de Monedero Gil, *Doctrina del Contrato del Estado*, Madrid, 1977, pág. 13)'.

En contraposición, la nota del artículo de Mairal señala (5): 'Cassagne insiste (ver su nota 79) en citar al derecho inglés como afín con la teoría del contrato administrativo. Nada más erróneo, como creemos haber demostrado en nuestro trabajo. Los contratos del gobierno se rigen en ese país por el derecho común en ausencia de previsión incluida en sus textos. Lo que hemos puesto en tela de juicio en nuestro trabajo no es el recurso por la administración a cláusulas expresas y detalladas para reglar sus relaciones contractuales, lo que ocurre en todo el mundo, sino la pretensión de que existan reglas especiales más allá de lo previsto en el texto del contrato y de la ley que le pudiera ser aplicable. ...'.

Como puede apreciarse Mairal nos atribuye lo que no hemos dicho, porque señalar la tendencia publicista del derecho inglés aplicable a los contratos de la Administración no equivale a decir que en ese derecho exista afinidad con la teoría del contrato administrativo, aparte de que aun si así fuera, se trata de opiniones de otros juristas que no aparecen claramente rebatidas en la nota 5. Con alguno que otro matiz, su postura parece sostener, en el fondo, una vuelta a la época de Dicey (véase sobre el punto: Entrena Cuesta, Rafael, *La contraposición entre el régimen administrativo y el 'rule of law'*, en *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, t. I, Madrid, 1961, pág. 20 y sigtes.).

(6) Sarmiento García, Jorge H., *Primeras reflexiones sobre la tesis de Mairal frente al 'contrato administrativo'*, [ED, 180-858], serie especial de Derecho Administrativo.

(7) Mairal, Héctor A., *El aporte ...*, cit., pág. 2, nota 10, apunta que no le corresponde proponer una definición sino que le basta con demostrar la imprecisión de las definiciones propuestas.

(8) Suponemos que Mairal no pretende desconocer la existencia de la categoría en los derechos francés y español, pero sería bueno que aclarase este punto en el futuro para despejar las dudas que encierra su proposición.

(9) Mairal, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, 1984.

(10) Sin embargo, Mairal en lugar de reconocer que la ley española recepciona francamente la categoría del contrato administrativo y la extensión de sus reglas con carácter supletorio (es decir, no por analogía) a los contratos administrativos especiales, alega que omitimos citar en su totalidad el párr. 7.1. de la citada ley, el cual prescribe que 'No obstante, los contratos administrativos especiales que se definen en el artículo 5.2.b. se regirán por sus propias normas con carácter preferente', lo cual no es más que la aplicación del criterio según el cual la regulación especial prevalece siempre sobre la regulación general, en el mismo sentido que nuestro artículo 7° in fine de la LNPA (al que Mairal no presta atención) y el criterio imperante —en este sentido— en la jurisprudencia de la Corte Suprema. A su vez, de la circunstancia que esta figura residual prescriba la obligatoriedad de hacer constar la existencia de las prerrogativas de poder público en los pliegos de la convocatoria o llamado a licitación (art. 8°, inc. c.) — con lo que estamos de acuerdo— no implica otra cosa que una garantía a favor de los contratistas que impide que la Administración haga uso de las facultades establecidas en la regulación general, sin una declaración previa sobre su aplicabilidad, debiendo aclararse que, en dicha regulación general, no existen

las llamadas prerrogativas implícitas, por lo que carecería de sentido excluirlas en el caso de los contratos administrativos especiales. Lo que se puede excluir o limitar en el marco de estos contratos especiales de la LCAP son, pues, las prerrogativas expresas provenientes del régimen general. Además, Mairal pasa por alto la regla de interpretación existente en la LCAP para los contratos mixtos (art. 6º, LCAP) cuando el contrato contenga prestaciones correspondientes a contratos administrativos de distinta clase.

(11) González Pérez, Jesús, Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (ley 29/1998, de 13 de julio), 3ª ed., Madrid, 1998, págs. 181 y sigtes., apunta que el objeto no debe consistir en la 'gestión del servicio público', pues en tal caso, sería un contrato típico (art. 5.2, apar. a), LCAP).

(12) Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, t. I, pág. XI-19 y sigtes., Buenos Aires, 1995, criterio que mantiene en su última edición de 1998. Si bien Gordillo afirma que las distintas categorías de contratos de la Administración carecen de 'notas generales comunes' no puede de ella deducirse que se refiera a los contratos administrativos, caracterizados por las limitaciones existentes a la libertad contractual y el régimen que deriva de la desigualdad de las partes (ob. cit., pág. XI-35 y sigs.), sino a los contratos de la Administración, en general. Por tal causa, no corresponde afirmar que dicho autor se refugia en una mera descripción sin afirmar los principios ni las notas generales de los contratos administrativos, no obstante que pueda discreparse acerca de algunos de los caracteres que les atribuye.

(13) En el prólogo al libro de Huergo Lora, Alejandro, Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas, pág. 13, Madrid, 1998, sostiene que: 'Hacer dogmática del Derecho no es hacer conceptualismo horro, o entrar en 'el cielo de los conceptos jurídicos', que Ihering describió jocosamente. Es capacidad de construir un entramado institucional complejo, ordenándolo alrededor de unos cuantos vectores arraigados en la naturaleza profunda de la institución de que se trata y dirigiendo toda la operación en función de los valores jurídicos materiales que están presentes en dicha institución. Esta tarea es inexcusable en la ciencia jurídica, y contrasta con los trabajos puramente descriptivos o clasificatorios de normas, sentencias u opiniones ajenas, o con el convencional comparatismo de contrastar soluciones diversas en los distintos sistemas jurídico-positivos. Es una tarea inexcusable porque sólo la dogmática es capaz de alumbrar los elementos estructurales profundos de las instituciones y su articulación dinámica en servicio de los principios generales del Derecho que sostienen y animan a dichas instituciones para que alcancen su mayor funcionalidad. Pero no sólo es un método inexcusable de tratar el Derecho; es, seguramente, el método más alto, cuando la labor constructiva es capaz de alumbrar perspectivas nuevas para el mejor rendimiento de las instituciones del Derecho. La inventio de nuevos principios, la resolución de aparentes contradicciones, la distincio de soluciones diversas inexactamente confundidas, la eliminación de prejuicios o mitos inexplicados y reiterados por simple inercia, la edificación de un sistema institucional capaz de explicar todas sus reglas y de hacerlas jugar en el sentido de su mejor función social, son obras de la dogmática, no de la mera práctica o de las simples ocurrencias'.

(14) Se trata del polisilogismo que Cicerón denominó 'syllogismus acervalis'.

(15) Véase, por ejemplo, las líneas de presentación escritas con motivo del homenaje tributado a Laubadère, en REDA N° 7/8.

(16) Rivero, Jean, Jurisprudence et doctrine dans la elaboration du droit administratif (en Etats et Documents du Conseil d'Etat, págs. 27-36, París, 1955, reproducido en 'Pages de Doctrine', t. I, pág. 63 y sigs., especialmente págs. 76-78, LGDJ, París 1980).

(17) Rivero, Jean, Apologie pour les faiseurs de systemes, reproducido en 'Pages de Doctrine', cit., pág. 3 y sigtes.

(18) Vide, por todos, García de Enterría, Eduardo, Cuatro Maestros de París, una época del Derecho Administrativo, REDA N° 7/8, recopilado en el t. 3, pág. 293 y sigtes. de la citada publicación, Buenos Aires, 1991.

(19) Sin embargo, como lo puntualiza la doctrina francesa el juez administrativo no se encuentra vinculado por su propia jurisprudencia pues la regla del precedente, que se impone en el sistema anglo-sajón, no existe en Francia, lo que asigna una gran flexibilidad a las soluciones jurisprudenciales. Véase: Vedel, Georges y Delvolvé, Pierre, Droit Administratif, pág. 110, 9ª ed., París 1984, quienes relativizan el empirismo del derecho administrativo francés (pág. 139), criticando, incluso, una artículo de Rivero. Sin embargo, en el estudio que citamos (Pages de Doctrine, pág. 3 y sigtes.) Rivero expone su posición en el sentido que expresamos en el texto.

En cuanto a las afinidades entre el derecho inglés y el derecho administrativo francés en esta materia, cuadra apuntar que la doctrina francesa ha destacado la evolución del sistema inglés en el sentido de

consagrar (en las cláusulas tipos aplicables a numerosos contratos de la Administración) el poder de modificación unilateral y de rescisión unilateral (véase: Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, París, 1995, págs. 25-26).

(20) *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, 1998, t. II, pág. 51, texto y nota 39.

(21) Ob. cit., [ED, 180-773].

(22) Rivero, Jean, ob. cit., 10ª ed., pág. 31.

(23) Laubadère, André de, Le Doyen Maurice Hauriou et Leon Duguit en *Pages de Doctrine* cit., pág. 11 y sigtes.; Rivero, Jean, *Pages*, cit., pág. 29.

(24) Rivero, Jean, *Pages...cit.*, págs. 70-71.

(25) Rivero, Jean, *Pages...cit.*, pág. 74.

(26) Rivero, Jean, *Pages...cit.*, pág. 70.

(27) Moderne, Frank y Delvolvé, Pierre, *Las transformaciones del contrato administrativo en el derecho francés*, en REDA, N° 7/8, Buenos Aires, 1991.

(28) Mairal, Héctor A., *El aporte ...*, cit., pág. 2.

(29) Al respecto, ver lo que señalamos ut supra en la nota 6.

(30) Véase: por ejemplo, González Pérez, Jesús, ob. cit., 3ª ed., t. I, págs. 637 y sigtes.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 223, N° 378 y sigtes., especialmente N° 394, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1993; Gordillo, Agustín A., *Tratado ...*, cit., 4ª ed., Buenos Aires, 1998, t. I, pág. X-10.

(31) Cfr. Marienhoff, Miguel S., ob. cit., t. I, Buenos Aires, 1990, pág. 78; Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 41-43 y 171 y sigtes., Buenos Aires, 1949; Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 18, 6ª ed., Buenos Aires, 1964, respecto a la definición de acto administrativo y de contrato de derecho público. En este último sentido puede verse la crítica que Bielsa formula a la tesis negatoria del contrato de derecho público que, en gran medida, pretende ahora justificar la huida del derecho público (op. cit., t. II, pág. 171, nota 22).

(32) Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, 1964, pág. 710.

(33) La Corte Suprema utiliza el criterio de la función administrativa, en sentido material o sustancial, para definir las actividades que nuestro sistema constitucional reconoce a los tres órganos fundamentales del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) en sus determinados ámbitos de competencia; Véase el caso: 'Rodríguez Varela, Florencio', del 23-12-92, publicado en [ED, 153-197] y sigtes., con comentarios de Armando N. Canosa y Germán J. Bidart Campos. Precisamente, este último autor, al resumir los parámetros del fallo, rescata como doctrina jurisprudencial el reconocimiento que las distintas funciones del poder — que la Corte denomina 'actividades'— tienen una materia o sustancia que radica en el contenido de las mismas ([ED, 153-198]).

(34) Ob. cit., pág. 2.

(35) Véase lo que exponemos en el trabajo publicado en *Contratos*, libro homenaje a Marco Aurelio Risolía de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, pág. 115 y sigtes., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

(36) Ob. cit., nota 10.

(37) Ob. cit., t. I, 1ª ed., Buenos Aires, 1982, págs. 24-25.

(38) Vid: En torno a la figura del contrato administrativo, *Prudentia Iuris* N° XIV, Buenos Aires, 1984, pág. 47 y sigtes.

(39) Cfr. *Nuestro Derecho Administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, 1998, pág. 23.

(40) Mairal se apoya para formular su crítica en el hecho de que en nuestro primer trabajo (de 1975) sobre

los contratos de la Administración Pública afirmamos la existencia de las cláusulas exorbitantes implícitas como una característica propia de los contratos administrativos, lo que es cierto. Sin embargo, tiempo después rectificamos dicha afirmación. No obstante, Mairal parece aferrarse a una antigua frase nuestra (en cualquier caso fuera del contexto que rodeaba la definición), frase que no era esencial pues nunca sostuvimos que la cláusula exorbitante integrase la noción de contrato administrativo, omitiendo expresamente señalar que esa referencia fue suprimida en los diversos estudios que fuimos publicando a partir de 1975 y que, a la vista de nuestro pensamiento, lo que correspondía señalar, a lo sumo, era que se trataba de una frase fuera de contexto o incluso hasta errónea, no repetida en los posteriores desarrollos de la teoría.

(41) Véase: Laubadère, André de, *Traité des contrats administratifs*, actualizado por Frank Moderne y Pierre Delvolvé, t. I, 2ª ed., París, 1983, pág. 229 y sigtes. Cuadra apuntar que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés acudió a la noción de régimen exorbitante en el año 1973 (en el caso *Société de exploitation électrique de la rivière du Saut*).

(42) Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Madrid, 1997, pág. 721.

(43) Solas Rafecas, José María de, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid, 1990, pág. 42.

(44) Cfr. Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo, [ED, 180-773].

(45) Bassols Coma, Martín, *Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales*, RAP N° 84, Madrid, 1997, pág. 47.

(46) Cfr. Cassagne, Juan Carlos, En torno a la noción de servicio público, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1988-II, pág. 48.

(47) Fernández, Tomás Ramón y Nieto, Alejandro, en el libro: *El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, págs. 26 y 52-54.

(48) Se ha dicho que: 'En esta actitud no hay rastro de voluntad caprichosa: el escritor sólo está al servicio de la verdad y al servicio de los demás. No dice 'Yo quiero', sino: 'yo debo', o 'yo sé', o, al menos, 'a mí me parece'. Se diría que el que se impone caprichosamente es el que quiere escribir, sin más. Se postula escritor, y luego busca un tema. Halla una técnica, y luego busca un material para aplicarla. O postula que hay que acabar con el pasado y que hay que ser original, y busca la novedad. Pero quien escribe sirviendo a lo que es, a la realidad del hombre y de las cosas, y logra penetrar en ellas, aunque sea un poco, ése nunca envejece: esa materia no cambia mucho: está siempre ahí, en cada hombre, en cada grupo de hombres, también en el cielo, en el mar, en la tierra. Este es el secreto de la vigencia permanente de los grandes libros: abren una ventana a la verdad que es de todos. Uno observa un aspecto, otro el otro aspecto, y cada uno hace su aporte, que se agrega al de los demás, y al de los que los leen. Así, todos dialogan. Así, todos se reúnen. 'Logos', lectura. Diálogo: son inseparables. Y éste es el valor de los libros', (Cfr. Cassagne, Inés de, comentario bibliográfico al libro de Umberto Eco, *Il nome della rosa*, pág. 172) *Rev. Gladius*, Buenos Aires, 1986. La cita transcripta precedentemente resulta ajustada a esta polémica jurídica y alude al pensamiento de Camus sobre la buena literatura (que procura 'reunir libremente' a los hombres en la búsqueda de la verdad).

(49) Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed. ampliada, Madrid, 1994, pág. 21, anota que: 'la ciencia del derecho —y quizás todos los afanes científicos— deben entenderse como una interminable partida de ajedrez que va continuándose de generación en generación. Cada autor se encuentra con las piezas en una determinada posición, y, desde ella, ha de realizar en su vida una sola jugada -si es muy tenaz, quizás dos o tres movimientos- para ceder su puesto al siguiente' (ob. cit., pág. 21).