

Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

LA CRISIS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA. SOBRE LA FORMA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CUESTIONES SUBYACENTES*

ISAAC A. DAMSKY

“La Constitución argentina ha sido fiel a su sistema de buscar la riqueza por el camino de la libertad; de servir al interés del fisco por medio del bienestar general; de obtener el aumento de la riqueza del gobierno por el aumento de la riqueza de los gobernados, que contribuyen a formarla; de agrandar las rentas del Estado por el aumento de las rentas de los particulares; y de someter su inversión a las mismas reglas de prudencia y de buen juicio de que depende el aumento de las rentas privadas”.

(Juan Bautista Alberdi, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*)**

I. CRISIS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA¹, SU INADECUACIÓN A ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y UNA NUEVA RACIONALIDAD EMBRIONARIAMENTE CONTENIDA EN LOS MECANISMOS EXCEPCIONALES

I.1. En mi opinión, el creciente abordaje doctrinario sobre las contrataciones administrativas irregulares, derivado del progresivo endurecimiento jurisprudencial, permite inferir algo más que la preocupación por escudriñar la argumentación de las

* Dedico mi trabajo a la distinguida Profesora Dra. Miriam Ivanega y al querido Profesor Dr. Pablo Comadira, por la fecundidad de su obra.

** *Obras completas de J. B. Alberdi*, T. IV, Buenos Aires, Imprenta de “La Tribuna Nacional”, 1886, p. 310.

¹ Ver en Farrando, Ismael (Director), *Contratos Administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis, AbeledoPerrot, 2002, especialmente en el Capítulo XI, p. 372 en adelante, al pronunciarse en estos términos: “Sin embargo ella (la licitación pública) ha sido pasible de importantes críticas que pueden agruparse, primordialmente, en las siguientes: a) las rígidas normas procedimentales que la inspiran impiden la concurrencia y alimentan la burocracia; b) no se aseguran los derechos de los contratistas que participan en el

decisiones judiciales² o los alcances del principio de legalidad en la materia³. Contiene una preocupación que trasvase los ejes de las discusiones sobre los crónicos divorcios entre la realidad y la norma⁴, o la pérdida cotidiana de la batalla por el imperio de la ley.

La doctrina argentina contemporánea nos presenta la siguiente paradoja: mientras que la judicatura postula intensificar el imperio de las formas, la realidad administrativa en su universo contractual se impone cada vez más informal con la consecuente reducción de los entramados licitatorios a una mera formalidad. En esta suerte, ya no es osado reconocer que la licitación pública adolece, al menos, de una triple pérdida de legitimidad.

procedimiento de contratación de manera efectiva; c) se deja de lado la eficiencia como principio a conseguir a cambio de asegurar una honestidad que no siempre se consigue; d) no asegura, en todos los casos, el verdadero interés de la Administración; ya que, en ocasiones, la rigidez procedimental excluye por meros requisitos formales a oferentes que proponían mejores condiciones; con lo cual la Administración termina adjudicando no la 'mejor oferta', sino la mejor de las pocas que quedaron luego de que se eliminaron las restantes por razones formales. [...] Lo expuesto no significa que el procedimiento de licitación pública no pueda ser mejorado atendiendo las críticas señaladas y teniendo en cuenta las circunstancias sociales, políticas y económicas del país. La tendencia mundial—de la que nuestro país no está excluido—hacia las economías abiertas, competitivas y desreguladas incide en los usos vigentes en materia de contrataciones del Estado. Se busca efectivizar los fines de toda contratación sin ritualismos ni formalismos estériles, intentando aumentar el número de oferentes nacionales e internacionales mediante licitaciones llevadas a cabo con transparencia y competencia" (obra y autor citado, pp. 372/373).

² Ver en Farrando, Ismael, "Licitación pública. Panorama de la jurisprudencia actual", en *LL*, Suplemento Extraordinario Administrativo, 75° Aniversario, Buenos Aires, agosto 2010, pp. 210-217. El autor, tras presentar los lineamientos jurisprudenciales de la Corte respecto de la forma como requisito esencial de existencia del contrato administrativo (punto 2 de su trabajo, p. 212), concluye su trabajo, en línea con su pensamiento citado en la nota anterior, rematando: "[...] solo nos resta seguir pensando sobre qué otras medidas, además de su consagración como principio general, debemos ir adoptando, legislativamente—y en la práctica por parte de la Administración— para seguir combatiendo las desventajas de todo el sistema en sí mismo y la puesta 'fuera de sistema' que logra, muchas veces, la corrupción".

³ Creciente interés graficado en el frondoso relevamiento evidenciado en: Ábalos Gorostiaga, Raúl, "El contrato administrativo inexistente. Precisiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *JA*, 7-12-2010. Ver también: Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás, "¿Un mundo feliz?", Suplemento de Derecho Administrativo, *LL*, Buenos Aires, marzo-2011, pp. 16-25.

⁴ Cfr. Rejtman Farah, Mario, "Desencuentros entre la Corte Suprema y la Administración pública en materia de contrataciones administrativas", en *LL*, Suplemento Extraordinario Administrativo, 75° Aniversario, Buenos Aires, agosto-2010, pp. 197-209; al decir: "[...] debemos admitir que la Administración pública nos presenta un panorama bastante desolador cuando, con contumaz rebeldía, ignora en materia de contrataciones públicas, la fuerza de los pronunciamientos de la Corte Suprema [...] Esta frecuente inobservancia, desconocimiento o violación de la doctrina judicial [...] constituye un nada despreciable testimonio de la conflictiva relación entre prácticas y normas [...] Los hechos, sin embargo, muestran una peculiar realidad. La licitación pública no es, en modo alguno, el procedimiento general al que apela la Administración para contratar bienes y servicios".

Primero, porque suele ser social y empresarialmente percibida como un instrumento ineficiente, dudoso y cuestionable. Cada vez más es objeto de impugnaciones judiciales fincadas en que la licitación solo sería utilizada para favorecer al círculo áulico de turno⁵. Así, es reducida a la mera instrumentalidad de vehiculizar la consolidación de un *crony capitalism* doméstico⁶.

Segundo, por la extendida percepción del funcionariado de que la licitación es, en realidad, un instrumento ineficaz si se trata de atender una necesidad pública en tiempo real⁷, de comprar o contratar el bien o servicio más adecuado a las reales necesidades y mejor ajustado en precio y condiciones.

Tercero, la licitación es vista además como un instrumento antieconómico. Tanto en el sector público como en el privado, se reconoce que la utilización de los mecanismos licitatorios conspira contra la economía de recursos, no solo por los consabidos sobrepuestos, sino también por los desfases provenientes de los extensísimos tiempos licitatorios.

A todo ello, se suma la creencia funcional de que, si se la utiliza, se corre el riesgo de caer rehenes del poder de imposición de una suerte de Goliath económico agrupado tras las cámaras empresariales, un poder más fáctico que jurídico y, por ello, acaso más efectivo. Pero esto último abriría a otra discusión que excede en mucho a este aporte.

Así es que, por ineficacia, por ineficiencia, o por la antieconomicidad del instrumento licitatorio, los autores reconocen que predominantemente el Estado compra, se abastece, refacciona y construye directamente sin contrato. Un porcentaje altamente significativo de obras públicas, servicios y aprovisionamientos estatales no discurren por los cauces formales, y son atendidos mediante mecanismos excepcionales desprovistos del cariz procedimental⁸. Ni siquiera en contratación directa, por-

⁵ Mairal, Héctor, *Las raíces legales de la corrupción (o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla)*, Cuadernos de la Rpa, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007.

⁶ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto: "Sobre los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina", en *ED*, Buenos Aires, 2007, pp. 467-483; "Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, *crony capitalism* y alteración de la gobernabilidad económica", en *A & C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional* N° 27, Curitiba-Brasil, pp. 11-42.

⁷ Cfr. Rejtman Farah, Mario, *op. cit.*, p. 203 (con cita a García Sanz, Agustín, "Licitación pública vs. contratación directa, ¿la batalla perdida?": "[...] las licitaciones públicas celebradas por los diferentes organismos alcanzados por las previsiones del Decreto Delegado N° 1.023/2001 fueron solo de alrededor del 12 % al 15 % en el período 2004-2008 y un 19,3 % en el año 2009, sin considerar las contrataciones no informadas y las efectuadas a través de mecanismos que no requieren comunicación a ese órgano rector").

⁸ A modo de ejemplo, en los informes de auditoría de la AGCBA es común encontrar entre sus conclusiones que en materia de adquisición de muebles, insumos de librería y de hospitales, y alimentos para

que se sostiene que su trámite, similar al licitatorio, impide atender la necesidad pública en tiempo real. De allí, la recurrente utilización de los celerísimos mecanismos erogatorios previstos en las normas de Administración financiera rotulados como “fondos rotatorios”, “cajas chicas especiales”, o las lisas y llanas “aprobaciones de gastos”.

La preocupación oculta que, para mí, trasunta la doctrina, es la racionalidad licitatoria misma, la vetustez y obsolescencia de procedimientos que, pensados “en” y “para” otros tiempos, fueron estructurados desde la métrica de las antiguas prácticas de aprovisionamiento, hoy ya largamente superadas. Más allá de los casos puntuales, lo que está en crisis es la antigua formulación normativa, aún vigente, de los tradicionales procedimientos selectivos de contratistas, los cuales crujen y claman por modernizarse, por agilizarse y adaptarse a la velocidad y desestructuración de los tiempos actuales, en pos de la tan reclamada previsibilidad y seguridad jurídica⁹.

comedores escolares, hay un alto porcentaje de contrataciones realizadas en procedimientos de excepción, fondos de emergencia y contrataciones directas. Además se detectó una reiterada falta de justificación de la urgencia argumentada en las mismas, e incumplimientos de los recaudos para la invocación de las aprobaciones de gastos, entre otras deficiencias. En www.agcba.gov.ar (cfr. Informes Finales de los Proyectos 8.05.03, 2.09.08 A, 2.05.04, 4.07.10, 3.09.14).

⁹ Ver en Farrando, Ismael, *op. cit.*, al señalar: “Más que hablar de sistemas ‘alternativos’, creemos conveniente resumir las pautas que deben tenerse en cuenta para mejorar el procedimiento de la licitación pública como procedimiento regla en materia de contrataciones del Estado [...]. a) Reforma legislativa. Es necesario la implementación de una seria y definitiva reforma legislativa que regule ordenadamente las contrataciones del Estado [...] b) Restablecimiento de los registros de proveedores en forma no limitativa. Una buena práctica contractual es implementar un sistema de registro de proveedores del Estado que permita –mediante un debido funcionamiento interconectado de organismos públicos nacionales, provinciales y municipales– contar con información actualizada y veraz acerca de los antecedentes contractuales, contables, fiscales, etc., del posible cocontratante de la Administración [...] c) Debida y razonable aplicación del principio de ‘informalismo a favor del administrado’ [...] implica que deba flexibilizarse el estricto rigorismo aplicado a este procedimiento en aras de una mayor eficacia y respeto del principio de concurrencia de los ofertantes, limitándolo a los aspectos que conciernen al objeto mismo del contrato [...] d) Implementación de adecuados mecanismos de control social que aseguren la transparencia de la contratación [...] e) Asegurar un efectivo sistema de recursos y sanciones para lograr el reconocimiento de los derechos de los ofertantes [...] f) Reglamentación de distintas modalidades que puede asumir la licitación pública según el tipo de contratación de que se trate [...] g) Aplicación de los sistemas modernos de ‘mejora final de precio’ [...] (Al respecto me remito a mis reflexiones en torno al sistema de ‘data room’ en mis trabajos citados en la nota 6 de este trabajo) h) Precalificación de interesados inscriptos en los registros [...] facilita el trámite de la contratación pudiéndosele dar a los precalificados la posibilidad de participar en las etapas previas de confección de los pliegos licitatorios. i) Independencia de las comisiones evaluadoras [...] j) Los principios aplicables a la contratación deben facilitar la integración entre distintas jurisdicciones [...] En cuanto concierne a las contrataciones que se desenvuelvan en el ámbito del Mercosur, ellas se concretarán sobre la base de los procedimientos administrativos de los países que lo integran, mientras no se dicte una norma comunitaria que rijan la materia” (Farrando, Ismael, *op. cit.*, pp. 373-376).

1.2. Lo anterior verifica que tanto el abrupto desapego estatal hacia la licitación pública, cuanto el rechazo que concita en la sociedad civil, la empresa y el mundo académico, obedece principalmente a un hecho incontestable: la licitación, tal como está planteada hoy, no es más ni un mecanismo adecuado, ni apropiado –ni mucho menos eficiente, eficaz o económico y ni qué decir transparente– para atender necesidades públicas.

De allí que no sea osado sostener su inadecuación a los estándares internacionales que recaban el desarrollo de sistemas apropiados y eficientes de contratación pública.

Ello así pues advierto que la primera cualidad –la exigencia de sistemas apropiados de contratación– se contiene en el Artículo 9º, inciso 1º, apartados b), c), d) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, al decir: “Cada Estado Parte [...] adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones [...]. Esos sistemas [...] deberán abordar [...] La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación [...] la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos [...] un mecanismo eficaz de examen interno”.

Y por su parte, la segunda cualidad –la exigencia de sistemas eficientes de contratación– se contiene en el Artículo 3º, inciso 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, al decir: “[...] los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer [...] sistemas para [...] la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

1.2.1. Así planteadas las cosas, tampoco sería osado sostener que la nueva racionalidad aspirada en dichas normas internacionales se encontraría embrionariamente contenida en los mecanismos excepcionales de contratación.

Desde esta óptica y dentro del cuadro de situación descrito –respecto de la mecánica de aprovisionamiento estatal, no por contratación directa sino directamente sin contrato–, podría llegarse al extremo de sostenerse que la nueva racionalidad contenida en las normas internacionales comentadas discurriría –paradójicamente– por los mecanismos prerrogatorios imperantes –esos que luego son fulminados en sede judicial–, fincado ello en la generalizada aceptación de que su uso constituye el único mecanismo de contratación apropiado y eficiente para la atención en tiempo real de las necesidades públicas.

Si a lo anterior se le agrega la consideración de que tales mecanismos cuentan con reconocimiento legal, desarrollo reglamentario y amplio espectro de reconocimiento, entonces estaríamos frente a unas prácticas que, lejos de desdeñarlas y fulminarlas judicialmente, debiéramos empezar a discutir seriamente en orden a la necesidad de intensificar la reglamentación de sus procedimientos, especificar el contenido de los derechos y las estructuras de las garantías de sus contratantes y cristalizar las especiales prerrogativas estatales que, de manera diferenciada, cuadren utilizarse por caso.

I.3. Pero remarco, de verificarse esta hipótesis, debe advertirse la necesidad de avanzar en el desarrollo de acciones de fortalecimiento, porque no solo la actual disfunción operativa del sistema licitatorio es fuente de inequidades, sino que además el mantenimiento de este *statu quo* fomenta la corrupción estatal.

Hablo de *statu quo* porque el aprovisionamiento administrativo al amparo de mecanismos excepcionales no suficientemente reglamentados y carentes de una adecuada y pormenorizada estructura de derechos y prerrogativas abre a una dudosa discrecionalidad. Y ello incentiva la corrupción estatal porque si frente a la ulterior negativa administrativa a la aprobación del gasto el contratista o proveedor decide reclamar judicialmente, se encontrará con que estas prácticas resultan luego severamente fulminadas en sede judicial con la subsecuente supresión de sus legítimas expectativas remunerativas. En el estado actual, la única alternativa del particular frente a tal escenario será aceptar el *quantum* que graciosamente el comitente desee reconocerle, o quedarse sin nada.

II. EL CICLO DE CONFLICTO EN LAS DENOMINADAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS IRREGULARES

Un simple repaso de los hechos determinantes de casos como “Ingeniería Omega” u otros que nos ocuparán en este trabajo bastan para graficar lo expuesto.

El ciclo sería el siguiente:

Primero, el encuentro furtivo. Como mayoritariamente las necesidades estatales se atienden mediante carriles informales de aparente legalidad¹⁰, se genera en los contratistas y proveedores una apariencia de previsibilidad (a modo del “elixir de

¹⁰ Tal como reconoce Rejtman Farah, *op. cit.*, p. 203: “Sea pues por encontrar la contratación directa amparo en alguna de las causales previstas como de excepción –frecuentemente sin fundamentos de hecho que habiliten a hacerlo– o por acudirse a mecanismos tales como los legítimos abonos, la utilización de fondos rotatorios, las contrataciones celebradas por caja chica o a través de la administración de fondos fiduciarios, lo concreto es que en la realidad administrativa el principio general de la licitación pública como procedimiento de selección al que la CSJN ha hecho referencia no tiene real incidencia”.

Dulcamara” de la ópera de Donizetti) en base al cual se avienen a concretar sus prestaciones, muchas veces, sin siquiera contar con previa orden de servicio. Esa aparente previsibilidad se logra por intermedio del dictado de reglamentos mediante los cuales se instrumentan los mecanismos erogatorios —derivados de las normas de Administración financiera— los cuales, dotados de celeridad extrema, concentran las facultades aprobatorias del gasto en los propios estamentos superiores de conducción de la Administración *activa*.

Segundo, el compromiso aparente. Dado el cuadro anterior, los servicios jurídicos permanentes —que de tanto en cuando se ven llamados a intervenir— asistirán al *fait accompli*, acompañando o tolerando estas prácticas en variopintas justificaciones que a veces incluirán un rosario de retahílas genéricas y un recetario de recomendaciones impracticables. Eso sí, cuidando siempre de no alertar al destinatario con admoniciones concretas y certeras relativas a la ulterior fulminación jurisprudencial de tales vínculos y mucho menos despertando suspicacias respecto de la funesta pulverización de las endeble expectativas de lucro del contratista que tal línea jurisprudencial acarrea. No obstante, robustece la apariencia de legalidad y uso administrativo engendrada con el dictado de los reglamentos erogatorios.

Tercero, el idilio. Como la operatoria aparenta ser eficaz y el mecanismo es ágil, flexible, permite atender necesidades reales objetivas en tiempo real, dado que resulta exento prácticamente de controles y descontracturadamente ausente de formas esenciales —y también resulta permisivo de connivencias—, su utilización crece exponencialmente y se generaliza a todos los ámbitos posibles de utilización.

Cuarto, el desengaño. Terminada la gestión del funcionario emisor de tales órdenes de servicio, su sucesor, muy probablemente remiso a continuar el escenario anterior, discontinuará selectivamente al contratista declamando su desacuerdo con tales prácticas. Desaprobará lo actuado, desconocerá los servicios prestados y, consecuentemente, no autorizará ni aprobará gasto alguno. A no dudar que pagarán justos por pecadores. Llevada a juicio la pretensión de reconocimiento del crédito, los vínculos anudados a la luz de estas prácticas resultarán judicialmente fulminados por violación de las formas esenciales y del principio de legalidad, en materia de contratos administrativos¹¹. Tendrá lugar el imperio de la línea jurisprudencial que será objeto de análisis en este trabajo. Y con ello, la perplejidad que invade a todo aquel que intente comprender este fenómeno, a cuyo tratamiento seguidamente me aboco.

¹¹ Como explicó el Profesor Farrando en su trabajo “Licitación pública. Panorama de la jurisprudencial actual”: “1. Formalidades legales del procedimiento. Principio de legalidad: la validez y eficacia de los contratos administrativos se supeditan al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación [...] La Corte sigue manteniendo este férreo principio que, podemos decir, se encuentra ya consolidado en la doctrina tradicional

III. ¿EL CASO “INGENIERÍA OMEGA” MODIFICÓ EL RÉGIMEN DE NULIDADES DEL DECRETO LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS?

III.1. Dentro de la tipología de casos que nos ocupa¹², el caso “Ingeniería Omega” es de especial referencia. Sentenciado una década atrás por nuestra Corte Suprema, operó una modificación en la doctrina del Alto Tribunal en torno a la nulidad de los contratos administrativos celebrados al margen de las formas esenciales previstas en los regímenes contractuales estatales. Si hasta ese momento las contrataciones irregulares merecían la declaración judicial de nulidad mediante la aplicación del régimen de invalidez de los actos administrativos contenido en el Decreto Ley N° 19.549/1972, la nueva solución endureció el cariz proyectando al campo del derecho público la tesis civilista del acto inexistente. En consecuencia, situaciones hasta ese momento nulificadas pasaron a fulminarse de inexistentes.

Centrada en éste último punto, unánimemente, la doctrina comenzó a departir el viraje operado, en el convencimiento de que se estaba frente a un momento trascendental. Se erigió al fallo en hito o acaso se lo mitificó. Esto último, porque la supuesta nueva solución en nada cambió la sustancia del problema ni la inequidad de la solución imperante, consistente en hacer recaer sobre el particular, sin previa consideración de su obrar de buena o mala fe, o sin reparar en las calidades personales del contratista, su habitualidad o su carácter ocasional, todo el peso del incumplimiento administrativo proveniente de la deliberada decisión estatal de apartarse de los procedimientos esenciales licitatorios cuando son exigidos. Como explica moderna doctrina, el particular paga todo el incumplimiento de su comitente estatal sobre quien paradójicamente recae la obligación de gestionar y dirigirse bajo estricto sometimiento a las reglas y procedimientos derivados del principio de legalidad en materia de contrataciones administrativas.

De allí que el supuesto nuevo temperamento, al igual que sus modulaciones subsiguientes, no modificó el problema de fondo. Solo endureció una inequitativa línea jurisprudencial al profundizar la intensidad del reproche.

de aquella, en cuanto a la necesidad de que la Administración se conduzca –en la contratación administrativa– a través de procedimientos de selección ‘típicos’ [...] Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, ella debe ser respetada porque se trata de un requisito esencial de su existencia. Esta es la causa principal del principio anteriormente analizado: la forma es un requisito ‘esencial’: sin forma no hay contrato. Su incumplimiento hace a su existencia, y no a su validez. Si no se han cumplido las formas, la Corte, directamente, más que invalidar el contrato, en una postura radical, sostiene que el contrato no existe: es inexistente” (obra y autor citados, p. 212).

¹² Puede accederse a un excelente relevamiento y ajustado análisis de esta casuística en el trabajo de Álvarez, Sebastián, “Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración*

Este criterio imperó durante la casi totalidad de la primera década del siglo XXI –si bien con sutiles atemperaciones– hasta el fallo “CASE” (2010), a partir del cual la Corte pareciera retomar la senda anterior. No obstante, sería muy prematuro concluir que la doctrina de “Ingeniería Omega” ha quedado superada y la cuestión zanjada. Hay una cuestión pendiente, como dije, motivo de este trabajo, que subyace a los pronunciamientos en esta materia y que atañe a la compensación debida en los casos de comprobada buena fe de parte del contratista –que en estos casos, se trata casi siempre de emprendimientos individuales o, en el mejor escenario, de empresas pequeñas– y a la atención de una realidad insoslayable: la funesta y recurrente fuga a los debidos procedimientos licitatorios de parte de las autoridades administrativas. Se encapsulan además otros problemas que ciertamente requieren de un llamado de atención institucional para que se pueda ir hacia una solución integral. Me refiero a la juridicidad que, a la hora de ponderar la solución más justa para estos casos, debiera imperar en materia contractual administrativa, integradora de todo el plexo normativo, constitucional y axiológico.

III.2. La pregunta es muy sugestiva y aún hoy sigue dando que hablar a una polémica inconclusa atinente a la problemática del contrato administrativo¹³ y las cuestiones subyacentes provenientes de la excepción empíricamente devenida en regla en materia de adquisiciones de bienes y servicios por el Estado¹⁴, seguida por su posterior fulminación en los Tribunales.

La cuestión es de suma actualidad y ajustada polémica. Nadie duda de su existencia, y tiene especial tratamiento¹⁵ tanto por los organismos estatales especializados cuanto por las Organizaciones No Gubernamentales representativas en la materia¹⁶.

Incluso –como ya referí–, nuestra Corte Suprema ha adoptado diferentes criterios en este tipo de supuestos. Para dar cuenta de ello es que analizaré esta controvertida cuestión a partir de su decisión en el fallo “Ingeniería Omega”¹⁷, para luego desarrollar los lineamientos seguidos en “Cardiocrp” y en “CASE”.

¹³ Pondré mi acento en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, donde tomó cuerpo y lugar no solo el caso “Ingeniería Omega” sino la casi totalidad de los casos integrantes de la mirada de Fallos de cita doctrinaria frecuente relativos a vínculos anudados al fragor de los mecanismos de excepción.

¹⁴ Ver García Sanz, Agustín, “Licitación pública vs. contratación directa, ¿la batalla perdida?”, en *Res publica argentina –Rpa–* 2006-3, Buenos Aires, Ediciones Rap.

¹⁵ Ver García Sanz, *op. cit.*; Rejtman Farah, Mario, “Desencuentros entre la Corte Suprema y la Administración pública en materia de contrataciones administrativas”, *LL*, Suplemento Extraordinario, 75° aniversario, agosto-2010, p. 197.

¹⁶ Tales como Transparencia Internacional, Oficina Anticorrupción, Oficina Nacional de Contrataciones, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia.

¹⁷ CSJN, “Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, del 5-12-2000.

En el primero de ellos, el Máximo Tribunal fulminó los aprovisionamientos estatales acometidos fuera de los procedimientos selectivos tradicionales mediante la teoría del acto inexistente, y mantuvo este criterio en gran cantidad de casos de reiterada reseña¹⁸. Aquel temperamento aparentemente habría insinuado modificarlo en “CardiCorp” aunque no abiertamente, razón por la cual interesará aquí repasarlo.

Finalmente, en CASE, la Corte vuelve a sostener aquella doctrina acerca de la nulidad del contrato administrativo, dejando de lado su postura en Omega, en cuanto a que la violación del requisito de las formas en la contratación lo torna directamente inexistente.

IV. ALGUNAS CUESTIONES EXCLUIDAS DE LA DISCUSIÓN

Tratada en numerosas oportunidades, quedan fuera de discusión –o se discuten muy minoritariamente– cuestiones atinentes a la justicia, equidad y legalidad que deben recabar de tutela efectiva, en esta materia.

La simple referencia a los hechos de esta tipología de casos resulta elocuente y nos revela, principalmente, lo siguiente:

Primero, la similitud de los sujetos contratantes exteriorizada en la presencia, por un lado, de mini Pymes nacionales y, por el otro, de reparticiones integrantes de la Administración prestacional (Salud, Educación, Desarrollo Social, etc.).

Segundo, la universalización de estas prácticas de excepción que convierte en uso frecuente a la excepción, generando la percepción aparente de regularidad que luego es fulminada en sede judicial.

Tercero, la ausencia en la discusión acerca de la vinculación entre supuestos relacionados con los mecanismos erogatorios y aprobatorios de gastos junto con el ordenamiento al que concretamente refieren, por cuanto es frecuente que hechos muy similares al de los casos que nos ocupan se anuden al amparo de regímenes reglamentarios excepcionales contenidos en el régimen de Administración financiera, y que se anudan al fragor de la inflación reglamentaria local¹⁹.

¹⁸ Ver: “Distribuidora Médica de Elena Kapusi”, del 11-9-2001; “Oxigenoterapia Norte”, del 14-5-2002; “Sorrídi S.A.”, del 21-5-2002; “Rigecin Laboratorios S.A.C.I.F.”, del 28-5-2002; “Hius S.A.”, del 11-6-2002; “Lemcol S.A.”, del 11-6-2002; “Tuteur S.A.”, del 2-7-2002; “Serendipia S.A.”, del 11-7-2002; “Seguridad Argentina S.A.”, del 18-7-2002; “Patricia y José García S.R.L.”, del 20-3-2003; “Produlab S.R.L y otro”, del 4-7-2003 (cfr. Álvarez, Sebastián, *op. cit.*).

¹⁹ Se recomienda ver en la historia administrativo-municipal-capitalina reciente los regímenes sucesivamente estatuidos a través de los Decretos del GCBA Nros. 1.264/1999, 116/1999, 1.370/2001, 2.143/2007, 400/2008, hasta el flamante Decreto N° 556/2010 y su recientemente modificadorio N° 752/2010.

Cuarto, su habitualidad, en tanto estas modalidades excepcionales de contratación suelen ser el único sustento que nutre al giro empresario de algunas Pymes que, presumiblemente por su porte, no tienen acceso ni al mercado licitatorio estatal ni a la posibilidad de integrarse a alguna de las Cámaras empresariales con real presencia en el sistema de contrataciones estatales.

Quinto, reflejo de lo anterior, el carácter endeble tanto de los inexistentes o raquíticos estados financieros de estas pequeñas empresas (muchas veces modestísimos emprendimientos unipersonales) cuanto de los precarios títulos jurídicos de sus vínculos contractuales —que no pasarán de simples aprobaciones de gastos— revelará el carácter volátil de su presencia institucional que se desvanece con el cambio de gestión.

Sexto, la ausencia prácticamente absoluta de intervención en estas prácticas de los altos organismos estatales receptores o destinatarios de la alta contratación de infraestructura y servicios, de las empresas tradicionales en plaza y de las Cámaras empresariales tradicionalmente vinculadas a dicho alto quehacer estatal pero jamás a un inversor extranjero.

Todo ello nos hace preguntar entonces cuál es la razón de ser de los procedimientos selectivos actualmente imperantes, si en materia de adquisición de bienes y servicios por el Estado, no solo la excepción se convierte en regla, sino que se utilizan mecanismos previstos en las normas de Administración financiera, pero expresamente excluidos de los regímenes de contrataciones.

V. BREVE IDENTIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LOS MECANISMOS DE EXCEPCIÓN. HACIA EL DESCORRIMIENTO DEL VELO DE LAS FORMAS

V.1. Hay una realidad que convendría integrar a la discusión, como se apuntó al inicio de este trabajo. Insisto, estas mal llamadas contrataciones irregulares frecuentemente se anudan por mecanismos que están absolutamente por fuera del sistema que las regula y no son siquiera “contrataciones directas”, a pesar de que en los hechos sean las “más directas de las contrataciones”, e integren el tráfico jurídico²⁰.

²⁰ A pesar de que su tratamiento merece un estudio aparte, los procedimientos utilizados como alternativa a la regla de la licitación pública existen en numerosas legislaciones extranjeras. A modo de ejemplo, si bien a diferencia de los supuestos que consignamos en este trabajo se encuentran contemplados normativamente y poseen un régimen jurídico especial y diferenciado, en España la figura de los “contratos directos” ha sido objeto de debate y encuentra cierta resistencia en su aceptación como una alternativa válida para la no aplicación de la licitación pública. Es que, si bien éstos se encuentran contemplados en la misma Ley de Contrataciones con el objetivo de la “simplificación del procedimiento jurídico administrativo de contratación”, su régimen jurídico se encuentra limitado a “la definición exclusiva por razón de su cuantía, a la necesidad de aprobar el gasto y a la de incorporar al expediente la factura

Los mecanismos de excepción apuntados²¹ poseen reconocimiento legal, jerarquía reglamentaria y encuentran su enclave normativo en la propia Ley de Administración Financiera aunque, paradójicamente, las Administraciones de turno se esfuerzan por desvincular su fundamentación, soslayar su tratamiento o reducirlo a su simple mención²².

En una rápida mención a la estructura jurídica de estos mecanismos se encuentra un enclave legal en el Artículo 35 de la Ley de Administración Financiera N° 24.156, norma que faculta a las Administraciones de los tres Poderes a establecer “los límites cuantitativos y cualitativos mediante los cuales podrán contraer compromisos [...] La reglamentación establecerá la competencia para ordenar pagos y efectuar desembolsos y las habilitaciones para pagar que no estén expresamente establecidas en esta ley”. Y por su parte, el Artículo 81 establece las bases legales de los sistemas de fondos permanentes y cajas chicas. Y en lo que respecta a la actualidad del cambiante régimen erogatorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tenemos lo siguiente. Primero, que los Artículos 104 y 105 de la Ley N° 70 establecen el sistema de fondos permanentes y cajas chicas. Segundo, que mediante el Decreto N° 67/2010 se aprueba el régimen para los fondos rotatorios, cajas chicas especiales y comunes. Asimismo, el Decreto N° 752/2010 establece el nuevo cuadro de competencias para las aprobaciones y autorizaciones de gastos de imprescindible necesidad.

V.2. A lo anterior se agrega la falta de tratamiento en los estrados judiciales tanto de los enclaves legales, como el apuntado, cuanto de su razón de ser y los alcances de los derechos que hipotética o presumiblemente cuadre reconocer al contratista²³.

correspondiente” (Moreno Gil, Oscar, *Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia*, Madrid, Ed. Thomson Civitas, 5ª ed., pp. 920 y 921). En relación a esta figura y su limitación en particular se ha indicado además que “el dato de la pequeña cuantía se ve reforzado por la idea del cumplimiento instantáneo o, en todo caso, en un lapso corto; y la prohibición de fraccionamiento del contrato para eludir los requisitos procedimentales (Artículo 74.1 LCSP) se ve complementada por la prohibición de prórroga”, ello no obstante se les ha reconocido ser “la excepción a los principios de publicidad y concurrencia que resultan ser los contratos menores en el caso de las Administraciones públicas” (Jiménez Aparicio, Emilio (Coord.), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Tomo II, Madrid, Ed. Thomson Reuters, p. 64).

²¹ Mecanismos denominados “cajas chicas especiales”, “fondos rotatorios”, “legítimo abono”, “aprobaciones de gasto” o directamente por el número de la norma que los inviste. Por ejemplo, en el ámbito del “GCBA”, se los conoce como “1370”, “2143”, etc.

²² Excepción hecha de la lacónica referencia a la Ley N° 70 concretada en el “visto” del Decreto N° 1.370/GCBA/2001.

²³ De la misma forma, algunos autores cuestionan hasta qué punto el deber de diligencia debe exigírsele al contratista y hasta dónde debe presumirse su mala fe, cuando estamos frente a contrataciones administrativas reguladas por normas que son modificadas constantemente durante su ejecución, y donde la incertidumbre jurídica rige respecto de cuál es la reglamentación aplicable a ese contrato en particular. Así, se ha señalado que “este ‘deber’ –al parecer solo en cabeza del contratista– debe incluir, necesariamente, el conocimiento de la normativa a la que se sujetan las contrataciones, pero cabría agregar ahora

Ello nos invita a intentar encontrar un camino que permita superar las actuales soluciones inequitativas emitidas en legalidad pero con el sinsabor de la necesidad de más justicia, ya que estos mecanismos erogatorios urgentes, base de las contrataciones ulteriormente fulminadas, constituirían derivaciones de mecanismos reglamentarios que hunden sus raíces en disposiciones legales relativas al presupuesto público, como las comentadas, y que por tal razón, y al integrar un sistema diferenciado, no suelen ser parte de la discusión del contrato administrativo. Frente a esta realidad, cuando no se rechaza totalmente la pretensión del contratista, el mecanismo de pago se lleva a cabo a través del instituto del “legítimo abono”, que viene a invocarse como respuesta a este tipo de contrataciones esquivas a los procedimientos licitatorios, regla que no está prevista como procedimiento legítimo²⁴ y, para peor, se admite sin previo análisis de costos y margen de utilidad razonable del contratista.

Desafortunadamente, esta pareciera ser la única respuesta frente a tal controversial tema, que para mayor pesar del contratista, el pago que percibirá será solo en contraprestación del servicio recibido de conformidad y no en base a la contratación celebrada en oportunidad, ya que “el contrato que eventualmente pudo haber mediado resultaría nulo por incumplimiento de las formalidades exigidas para su validez, por lo que el eventual crédito de quien prestó el servicio no surgiría directamente de él, pues ello importaría atribuir eficacia a un acto radicalmente nulo”²⁵; lo que opera de excusa para no incluir el lucro y pagar solo el valor de la prestación efectuada.

Se entiende por *legítimo abono* al “acto administrativo que aprueba el pago de una factura emitida por un proveedor del Estado, cuando no existe un contrato válido que pueda servir de fundamento del referido desplazamiento patrimonial –en razón de haberse omitido o encontrarse gravemente viciado el procedimiento de selección correspondiente– pero se verifican los extremos que habilitan la invocación de la doctrina del enriquecimiento sin causa”²⁶. Por su parte, se considera *enriquecimiento*

y a tenor del fallo comentado, que dicho ‘deber’ cede cuando existe una profusión de normas dictadas en un corto período de tiempo”. Ello fue justamente analizado en el reciente fallo “Copacabana S.A. c/ GCBA”, en donde se “viene a poner en su justa medida el principio de buena fe y el cese de la obligación del contratista –en ciertos y particulares casos– de conocer las normas que rigen un determinado procedimiento de selección, cuando existe, como en este caso, una profusión de normas que excedan un parámetro razonable”. En Cardaci Méndez, Ariel; Dubinski, Guido, “Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)”, en *LL*, Suplemento de Derecho Administrativo, noviembre 2010, p. 56.

²⁴ Rejtman Farah, Mario, “Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones públicas”, en AA VV, *Cuestiones de Contratos Administrativos. Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007, 1ª edición, p. 907.

²⁵ PTN, Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002.

²⁶ Marchiotti, Luciano, “¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido”, en *ED* serie especial, 2005, p. 706.

sin causa al ejercicio patrimonial que permite hacer uso de la *actio in rem verso*, al configurar los siguientes elementos: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición) y carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o de la ley– para remediar el perjuicio²⁷.

El Máximo Órgano Asesor de la Ciudad de Buenos Aires aconsejó a las reparticiones estatales las aprobaciones de gastos correspondientes a la prestación del contratista. Reconociendo que se trata de “una aprobación de gastos que no fueron gestionados a través de los procedimientos vigentes en materia de contrataciones”, y frente a la efectiva prestación del servicio por parte de la empresa, ha dicho que “resulta equitativo que se propenda a su retribución a fin de evitar un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración”²⁸.

Con base en el criterio sostenido por la Procuración del Tesoro de la Nación, el razonamiento es el siguiente: “[...] en primer lugar, cabe señalar que la contratación de que se trata, por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación, está viciada de nulidad absoluta [cfr. Art. 14, inc. a), Ley N° 19.549 –BO 27-4-1972–]. 3.2. Sin embargo, no puede desconocerse el efectivo cumplimiento de la prestación por parte de la empresa [...] y su aceptación de conformidad [...]. 4. Sobre la base del cumplimiento de la prestación por parte de la adjudicataria y su aceptación de conformidad [...] resulta pertinente entonces el reconocimiento de legítimo abono por la suma de tal concepto, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. Ello así, ya que se encontrarían reunidos los requisitos que se exigen para la procedencia de la acción *in rem verso*: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito que legitima la adquisición) y carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o una ley– para remediar el perjuicio”²⁹.

²⁷ PTN, Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002.

²⁸ Cfr. Dictamen PG N° 64950/2008. Ello sin perjuicio de que, frente a la inexistencia de justificación para la inobservancia de los procedimientos regla aplicables a las contrataciones, y ante la posible existencia de faltas administrativas cometidas por los agentes que llevaron adelante la contratación, pueda esclarecerse y eventualmente efectivizarse la responsabilidad disciplinaria de los mismos a través de la instrucción del correspondiente sumario administrativo. La PTN coincide con ello explicando que la presunción de que en la contratación no se respetaron las normas del Reglamento de Contrataciones del Estado “hace ineludible la instrucción del sumario administrativo a fin de esclarecer los hechos y establecer las responsabilidades administrativas que pudieren emerger” (PTN, Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002, citado).

²⁹ PTN, Dictamen N° 93, del 22 de mayo de 2008.

Cabe reiterar que pese al reconocimiento de la prestación y la solución ofrecida para la procedencia de su pago, nos enfrentamos a otro inconveniente en desmedro de la contratista: y es que el monto que se abone por la prestación reconocida en la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa no comprende el lucro que le podría haber correspondido percibir. Así, aún en aquellos casos en los que se hace lugar a la pretensión de la empresa, no se le reconoce el pago del monto total de la factura presentada por el proveedor —que siempre incluye el lucro—, sino solamente la estructura de costos que finalmente se le reconozca. Es decir, el valor del enriquecimiento en la medida de su empobrecimiento. En mi opinión, ello da lugar al oscuro legado que abordaré sobre el final.

La Procuración General de la Ciudad ha dicho: “[...] *el instituto no tiene por objeto reparar el perjuicio sufrido por el empobrecido, sino restablecer el equilibrio patrimonial alterado a raíz de un movimiento de valores jurídicamente injustificado y que no tiene límites precisos, no pudiendo exceder su importe del efectivo desmedro del empobrecido ni ser mayor que el enriquecimiento logrado por la parte contraria [...], estando siempre sometido al límite menor [...]*”³⁰.

Esto podría verificar tres puntos de apoyo para la formulación de un nuevo interrogante: si se rechazara la idea de que estos mecanismos, en su estado actual, no reunieran aún los estándares de sistema apropiado o eficiente de contratación recabado por las normas internacionales, acaso, ¿no serán *uso administrativo o costumbre* generadora de derechos?³¹ En primer lugar, por la habitualidad, continuidad y universalización de estos mecanismos. Segundo, por su desarrollo en plexos reglamentarios que los fomentan. Tercero, por los fundamentos legales contenidos en las normas de Administración financiera, ya identificados en este trabajo.

Entrar en los hechos del caso “Ingeniería Omega” nos da una oportunidad para intentar correr el velo de una discusión *por las formas* para procurar en un futuro ingresar en un orden de discusión *por las sustancias*. Tras lo dicho hasta aquí trataré seguidamente los fallos que nos ocupan, para finalmente efectuar algunas consideraciones orientadas a responder la pregunta que nos convoca.

³⁰ Dictamen PG N° 68627, del 17 de diciembre de 2008. El destacado me pertenece.

³¹ Ver Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, pp. VII-47, N° 19.2.; antiguamente: Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 300, N° 77 y sigs.

VI. EL CASO “INGENIERÍA OMEGA”

VI.1. Los hechos

Se trata de una demanda interpuesta por Ingeniería Omega contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, pretendiendo el cobro de facturas impagas por sus servicios prestados a partir de abril de 1990 en el Hospital Argerich. La demandada contestó argumentando que, para las contrataciones de servicios públicos y/o suministros que se lleven a cabo por la Administración comunal, resultaba aplicable el Reglamento de Contrataciones del Estado, de suerte que éstas debían hacerse previa licitación pública y solo en forma excepcional, se podía recurrir a la contratación directa, a la licitación privada o al remate público. Su conclusión: la empresa no respetó los recaudos de fondo y de forma que todo proveedor debe observar para quedar habilitado a exigir el pago, por lo que la demanda debía rechazarse³².

La acción prosperó en Primera Instancia a partir de la valoración de un hecho determinante conformado por la siguiente tríada de reconocimientos del Municipio: (i) la relación contractual, (ii) la recepción de los trabajos realizados y (iii) la existencia de deuda a favor de la actora³³. A su turno, y con un razonamiento similar, la Cámara confirmó la sentencia del *a quo*, aunque, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, admitió solo el derecho a reclamar el precio o el valor de lo ejecutado o entregado en beneficio de la demandada.

El dictamen del Procurador General guardó concordancia y vinculación con la doctrina sentada en el fallo “Stamei S.R.L. c/ Universidad de Buenos Aires”. Allí, fulminó al contrato de nulidad absoluta con base en su Artículo 14 de la LPA, y acordó los efectos de la declaración a partir de las prescripciones de los Artículos 1050 y 1052 del Código Civil, siguiendo su doctrina tradicional que aceptaba la aplicación analógica al derecho público de determinadas normas del sistema de nulidades del Código Civil³⁴.

Ahora bien, apartándose del criterio sentado por el Procurador General, el Máximo Tribunal decide revocar la decisión apoyado en la teoría del acto inexistente, siguiendo así la doctrina del antecedente “Mas Consultores”³⁵, que reemplazó la anterior calificación de esta tipología de casos como nulidades para sentar, a partir de allí, que la omisión de las formas esenciales determina en concreto la inexistencia del contrato.

³² Cfr. considerandos II y III del dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, de fecha 29-2-2000.

³³ Cfr. considerando III del dictamen del Sr. Procurador General de la Nación.

³⁴ Cfr. Álvarez, Sebastián, *op. cit.*, pto. III.

³⁵ CSJN, “Mas Consultores de Empresas S.A. c/ Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos”, del 1-6-2000.

Vincula la violación de las formas esenciales con la inexistencia del contrato señalando: “[...] la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”, lo cual determina “que, en razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público [...] Los Artículos 9º, Ley N° 13.064 y 55, Decreto Ley N° 23.354/1956 exigían que las contrataciones de la comuna se hicieran por licitación pública; y admitían, solo en forma excepcional, la licitación privada y la contratación directa en determinados supuestos, entre los cuales no resulta de las actuaciones que se encuentren los que motivan este proceso”³⁶.

Así, fungiendo como doctrina del caso, concluye que “la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. [...] Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta”³⁷.

Es de esta forma que, con “Ingeniería Omega”, la Corte complementará la declaración de inexistencia del contrato sentada ya en “Mas Consultores”, con la determinación del medio jurídico para posibilitar la reparación del desequilibrio económico en que se hubiera incurrido en el caso concreto, estatuyendo que todo reclamo compensatorio nacido a la sombra de un acto inexistente, de no haber una acción específica, debe fundar su acción en los principios del enriquecimiento sin causa, incoando la pertinente acción *in rem verso*³⁸.

VII. CARDIOCORP³⁹

En el caso, la Corte revocó el pronunciamiento de la Sala F de la Cámara Civil que condenó a la ex Municipalidad de Buenos Aires a reintegrar insumos hospitalarios que habían sido entregados sin la realización de la debida licitación, al sostener que en el supuesto resultaba inaplicable la teoría del enriquecimiento sin causa, a más de no haber sido formalmente demandada, por resultar violatoria del sistema de licitación de los propios efectores de salud en los que fueron utilizados dichos insumos.

³⁶ Considerandos 5º y 6º.

³⁷ Considerando 8º.

³⁸ Cfr. Álvarez, Sebastián, *op. cit.*, pto. IV.

³⁹ Fallos: 329:5.976.

El dictamen del Procurador Fiscal recrea la anterior doctrina de la Corte ya citada. Refiriéndose a anteriores fallos de la Corte, comienza encuadrando su análisis en las implicancias del principio de legalidad en la materia. Así, señala: “[...] en materia de contratos públicos [...] las entidades estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, en cuya virtud se desplaza la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, sobre los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal (*Fallos*: 316:3157)”.

En tal encuadre, recreará luego la doctrina sentada por la Corte en “Ingeniería Omega”, y rematará señalando que esta clase de casos amerita la declaración de inexistencia de contrato y no la declaración de nulidad. Ahora bien, no obstante el claro y lapidario criterio del Procurador General, no ocurrirá lo mismo con la Corte. Como advierte Sebastián Álvarez, será muy cuidadosa al resolver mediante un razonamiento rico en inferencias, vertebrado ora en la inexistencia, ora en la nulidad, imponiendo la obligación de ajustarse al procedimiento licitatorio, por sobre la teoría de los actos propios. En otras palabras, en el caso no existió contrato alguno, ya que la única vía para que la demandada prestara su consentimiento era a través del pertinente procedimiento administrativo especial selectivo de co-contratante estatal, el cual no fue realizado.

En cuanto a la aplicabilidad al caso de la teoría del enriquecimiento sin causa, entendió que implicaría un contrasentido incurrir en la necesidad de convocar a otro procedimiento selectivo para obtener los insumos y entregarlos a un proveedor, que no había contratado con el ente por medio del procedimiento legal obligatorio. Con ello, liberó a la demandada de la obligación de devolver los insumos médicos que había utilizado.

Como dato, y tomando como referencia lo señalado por Sebastián Álvarez, la CSJN exhibió dos líneas de pensamiento que presentan elementos de cada una de las líneas jurisprudenciales referidas. Mientras que los Ministros Maqueda y Zaffaroni ratificaron los argumentos seguidos en “Ingeniería Omega”, basados en la teoría de los actos inexistentes y la constatación del enriquecimiento sin causa, los Ministros Petracchi y Lorenzetti, sin referirse a la inexistencia de acto ni a su nulidad, fundaron el deber de restitución en la teoría del enriquecimiento sin causa, y en lo previsto por el Artículo 1050 del Código Civil para actos anulados. Incluso, morigeraron los requisitos de acreditación de los extremos de la acción de enriquecimiento sin causa para que proceda la compensación, admitiendo la presunción de que el importe consignado en las facturas del proveedor está integrado en buena medida por el costo de su prestación, excepto prueba de sobrepuestos, la que evidentemente debió haber estado a cargo de la demandada⁴⁰.

⁴⁰Álvarez, Sebastián, *op. cit.*

VIII. CASE SACIFIE⁴¹

En el caso, la empresa CASE SACIFIE demanda a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por el cobro de sumas de dinero derivada del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de los Centros Geriátricos Municipales “Hogar Gral. San Martín” y “Programa de Chicos de la Calle”.

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la demandada, criterio que fue confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por entender: “[...] el Gobierno de la Ciudad, al recibir las notas presentadas por la actora en sede administrativa [...] había admitido que mantenía una deuda con la actora derivada de dicho convenio, tal como lo demuestra la renegociación pactada el 5 de octubre de 1993”⁴².

A diferencia de sus precedentes, la discusión no discurre sobre el procedimiento de selección sino sobre los requisitos exigidos por la normativa aplicable para este supuesto de contratación en específico⁴³. No obstante tal distinción, el Máximo Tribunal hace un giro en su decisión en la materia resolviendo que la contratación que no reúna los recaudos exigidos legalmente es declarada nula, ya no más inexistente.

El dictamen de la Procuradora Fiscal, al cual la Corte remite, tras recrear la doctrina judicial en la materia relativa al imperio del principio de legalidad sobre los contratos administrativos, concluirá que “en este caso no se invocó ni se probó la observancia de estas disposiciones para el llamado a licitación pública ni que fuera precedida de una adecuada motivación de los actos que determinaban este régimen, recaudo que era de ineludible cumplimiento por tratarse de un contrato administrativo. En consecuencia, no cabe sino concluir en que el acto celebrado en las condiciones descritas era irregular y, por lo tanto, susceptible de ser anulado en sede judicial”.

Con fundamento en tales señalamientos, coincidiendo con la argumentación de la Procuradora Fiscal, nuestro Máximo Tribunal concluye que al tratarse de un contrato celebrado transgrediendo el principio de legalidad y sin cumplir con las formalidades exigidas por el derecho administrativo local, corresponde descalificarlo como acto judicial válido, revocando la sentencia de Cámara y declarando la nulidad de la contratación.

⁴¹ CSJN, “CASE SACIFIE c/ GCBA s/ recurso de hecho”, del 5-10-2010.

⁴² Dictamen de la Procuradora Fiscal, del 8-10-2009.

⁴³ Estos son la declaración de la obra como de interés público, y el ejercicio de la autoridad de aplicación de la opción entre la licitación pública, y el concurso de proyectos integrales para determinar la forma más conveniente de contratar.

IX. ASPECTOS REMARCABLES

Revisados los fallos, un elemento a considerar es el principio de legalidad proyectado a los contratos administrativos. La vigencia de este principio es total, aun cuando se contrate directamente, en cuyo caso es mayor la obligación de justificar su realización⁴⁴. Incluso en el caso de ausencia de norma jurídica, se debe recurrir a los procedimientos consagrados en las normas vigentes⁴⁵.

De estas directrices, en los casos analizados, la falta de la forma debida imposibilitaba probar la existencia del contrato y, en consecuencia, devenía inadmisibile la acción basada en las obligaciones que se habrían generado, dado que el cumplimiento de la forma contractual atañe a un requisito esencial de su existencia.

Como se advirtió, en “Ingeniería Omega” la Corte viró la fundamentación de estos casos y, aplicando la teoría del acto inexistente, impactó al sistema de nulidades, puesto que a partir de entonces se vinculó la existencia del contrato administrativo “al cumplimiento de las formalidades legalmente exigidas”, lo que atañe a la validez y eficacia. En pocas palabras: sin la forma no existe el acto.

Previo ese momento, los procedimientos de selección del contratante de la Administración se ubicaban como uno de los elementos esenciales y sustanciales que exige el Artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Precisamente, porque la omisión del procedimiento licitatorio o de otros equiparables importaba desnaturalizar los principios informadores de la licitación pública –la concurrencia garantizada por la igualdad y la publicidad– y su razón misma, que se traducía en el logro de la contratación más conveniente a efectos de satisfacer los intereses públicos y privados protegidos. De allí que se concluía que su omisión viciaba gravemente el acto de adjudicación, determinando su nulidad absoluta (cfr. Art. 14, inc. b de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), debiendo ser fulminado de ilegitimidad⁴⁶. Esta postura es, como hemos visto, la retomada recientemente en el fallo “CASE”.

Ahora bien, frente a este escenario, cuadra responder dos preguntas planteadas en doctrina. Primero, recreando su criterio en “Ingeniería Omega”, ¿por qué la Corte niega la existencia del contrato? Probablemente, por una asimilación con lo que ocurre en el derecho privado cuando la forma es exigida *ad solemnitatem*, en las que “solo mediante la constancia de haberse cumplido con la forma sustancial o constitu-

⁴⁴ CSJN, “OCA”,

⁴⁵ Cfr. Farrando, Ismael, *op. cit.*, pp. 389, 390.

⁴⁶ Comadira, Julio R., *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 103/104.

tiva se brinda la prueba de la convención, de manera que si se está frente a una formalidad *ad solemnitatem* absoluta, el contrato no solo queda privado de sus efectos propios, sino incluso de la producción de obligaciones civiles, engendrando solo obligaciones naturales⁴⁷.

Segundo, ¿qué consecuencias prácticas se seguirían de hacerse esta distinción con el derecho privado? Justamente, en el derecho privado la omisión de la forma sustancial provoca la imposibilidad de demostrar que el negocio jurídico aparece en el escenario del derecho. Ello hace que resulte innecesario inquirir sobre su validez y eficacia, pues establecer la naturaleza y el contenido exacto de los derechos y obligaciones emergentes de esa relación jurídica se presenta como un momento lógicamente posterior y supeditado a esa primera demostración⁴⁸.

Dado el carácter extremo de la solución, se verificó una reacción doctrinaria contraria a esta teoría, fincada en la dificultad para distinguir los “actos inexistentes” de los “actos nulos”, habida cuenta su enrostrada imprecisión como concepto jurídico, sus alcances, y con ello su inutilidad práctica. Más aún, considerando el especial sistema de nulidades desarrollado en el régimen de procedimientos administrativos que adoptó la denominada “teoría de la bipartición”, y que distingue entre “actos nulos de nulidad absoluta e insanable” (Art. 14) y “actos anulables de nulidad relativa” (Art. 15)⁴⁹.

Cabe recrear también la disputa que dentro de nuestra especialidad ha desatado la postulada teoría de la inexistencia, habida cuenta del amplio consenso entre los juristas en cuanto a que ella no tiene recepción en la LNPA. Originariamente, tanto Escola⁵⁰ como Marienhoff la repudiaron, y lo propio ocurrió con Hutchinson⁵¹ y Cassagne⁵². Contrariamente, Fiorini primero y luego Gordillo⁵³ y Mairal, de alguna manera la aceptaron, aunque con reservas.

⁴⁷ Cfr. Christe, Graciela y Sánchez Correa, Ramiro, citando a Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 266; Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, p. 192.

⁴⁸ *Op. cit.*, con cita de López de Zavalía, Mosset Iturraspe y Spota.

⁴⁹ Cfr. Christe, Graciela y Sánchez Correa, Ramiro, “Nuevamente en torno al precedente de ‘Ingeniería Omega S.A.’”, *SJA* 5-12-2007 - *JA* 2007-IV-95.

⁵⁰ Escola, Héctor J., *Compendio de derecho administrativo*, Vol. 1, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 530/533.

⁵¹ Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley N° 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, T. 1, p. 309 y sigs., y en pp. 311 y 313, de la 3ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1997.

⁵² Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, 6ª ed. actualizada, pp. 182-186.

⁵³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1993, 4ª ed. actualizada, pp. 497-501.

Interesa detenerse en la postura de Gordillo, quien establece una relación con las vías de hecho de la Administración. El propio autor reconoce en su Nota n° 11.2. que la Ley de Procedimientos Administrativos no habla de actos inexistentes sino de vías de hecho “como comportamientos materiales de lo cual no trata en verdad la teoría de la inexistencia. Ésta se refiere a actos que parecen actos administrativos sin serlo. Los comportamientos materiales no parecen actos administrativos ni pueden confundirse con ellos. Son situaciones distintas, equiparadas por su ineptitud para producir un efecto jurídico contra los particulares, salvo la responsabilidad a que pueden dar lugar”⁵⁴. Entonces, en sus palabras, “se trata de determinar si en ciertos supuestos que no estamos en presencia de una conducta que podamos legítimamente llamar acto administrativo ni siquiera nulo, debemos o no aplicar algunos de los criterios de apreciación que se utilizan en materia de nulidades de los actos administrativos”⁵⁵.

Para este autor la inexistencia es una de las categorías de las nulidades administrativas. Dirá que “existen supuestos en que no se reconoce a determinada actividad el carácter de acto administrativo, sea por encuadrárselo dentro de los denominados meros pronunciamientos de la Administración, que no producen efectos jurídicos directos, sea por tratarse de actos que en razón de no provenir de la Administración, o aún proviniendo de esta por adolecer de un vicio grosero se los descalifica como actos administrativos”⁵⁶.

Entonces, vinculados con los efectos de la inexistencia y su comparación con la nulidad, tendremos los siguientes elementos: primero, la comparación con la estabilidad del acto, porque mientras el acto nulo no puede ser revocado en sede administrativa cuando de él han nacido derechos subjetivos en cumplimiento, para el autor no ocurre lo mismo respecto de la inexistencia porque ello es lo que determina la falta de virtualidad jurídica para producir efectos en derecho. Segundo, la facultad judicial de declarar de oficio la inexistencia, lo cual en su opinión no acontece en materia de actos nulos. Tercero, la presunción de legitimidad que alcanza al acto nulo que tiene presunción de validez, y que como tal debe ser obedecido por el particular hasta que se declare su invalidez, situación que, en cambio, no comprende al inexistente.

Continuando con la explicación de este autor, la inexistencia por él concebida no se condeciría con la inexistencia declarada por la Corte en “Ingeniería Omega”, porque pareciera ser que la noción de inexistencia aplicada en el caso refiere más a la estructura del derecho privado que al derecho público. Así, la inexistencia en el derecho administrativo se verifica siempre que “se encuentre un acto que no es acto adminis-

⁵⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, *op. cit.*, p. XI-30.

⁵⁵ Autor y obra citados, p. XI-31.

⁵⁶ Autor y obra citados, p. XI-46.

trativo, pero que presenta caracteres externos que podrían llevar a confusión y hacer creer que se trata en verdad de un acto administrativo aunque inválido". En tales casos, "no cabe aplicarle las consecuencias propias de los actos administrativos inválidos sino que corresponde tratarlo como un no-acto administrativo o como un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica"⁵⁷.

A partir de lo expuesto, el punto en "Ingeniería Omega" radica en que la inexistencia que se verificó en el caso fue precisamente, de un previo informe y un previo acto administrativo motivado, mediante el cual se determina "la aplicación del régimen excepcional, acreditando la real existencia de las circunstancias de emergencia"⁵⁸. Irónicamente, la inexistencia fue de todo acto, de mínimo respeto por las formas esenciales.

No resulta difícil adscribir a las tesis que rechazan la teoría de la inexistencia, por su innecesariedad y las dificultades que entraña distinguirla respecto de los actos que la ley denomina "irregulares". Dada la vasta tematización del régimen de nulidades del procedimiento administrativo y, a contracara, la falta de una acabada y uniforme doctrina por nuestros tribunales respecto de la inexistencia, comparto con Christie cuando sostiene que "la figura de la inexistencia no tiene campo alguno de aplicación en un sistema que contemple un cuadro de invalidez bien definido, por cuanto ella — como ya vimos al comienzo— ha sido construida como una llave de salvaguardia residual, propia de ordenamientos deficitarios técnicamente"⁵⁹.

Ahora bien, allende las calificaciones señaladas y el hecho de que nuestra Corte haya primero calificado a estos contratos como nulos, luego de inexistentes, y definir en "CASE" su retorno a la nulidad, vemos que para la Corte existe el deber del pretense contratista de interponer en legal forma la *acción in rem verso*, cuyo alcance se determina por la reparación de los gastos sin derecho al reconocimiento del lucro. Como ocurrió en "Ingeniería Omega", no interpuesta expresamente la acción, la ulterior fulminación que haga el tribunal no da derecho a la restitución de efectos.

En sentido contrario, vemos que el régimen de procedimientos administrativos ofrece, dentro de su sistemática, una solución distinta. La integración de las normas contenidas en sus Artículos 7° y 14 determinan que fulminado el acto con la nulidad absoluta e insanable, sea por violación de la ley aplicable o de las formas esenciales, sus efectos reconducen a las prescripciones contenidas en los Artículos 1050 y 1052 del Código Civil, obligando a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido, en virtud o por consecuencia del acto anulado.

⁵⁷ Autor y obra citados, pp. XI-37.

⁵⁸ Considerando 7°.

⁵⁹ Christie y Sánchez Correa, *op. cit.*, citando a Santamaría Pastor.

El *legítimo abono*, a través de la acción *in rem verso* por aplicación del instituto del enriquecimiento incausado, aparece entonces como una solución a la problemática de los pagos realizados sin respaldo contractual, que frente a la realidad actual dista cada vez más de ser la excepción, para pasar a ser regla en la materia.

X. UN OSCURO LEGADO

Deberá saber todo aquel que aspire a contratar con la Administración que, probablemente, no le quede otra opción que ejecutar la encomienda en los términos propuestos por el funcionario de turno, al margen de la ley, para luego rogar que le paguen, pero considerando que frente al cambio de gestión, no solo se les negará el pago de los créditos devengados sino que ante la demanda judicial que intente, el Estado le reconvendrá por nulidad o inexistencia de contrato fincado en la violación de las formas esenciales⁶⁰. Con el afianzamiento de esta línea jurisprudencial, muy probablemente –parafraseando a Mairal lo digo– se corra el riesgo de “premiar al peor” porque se fomenta exponencialmente la inseguridad jurídica.

Al centrarse la vía de cobro en el cumplimiento de los recaudos de la *actio in rem verso*, en última instancia se reconducirá la cuestión a la prueba de un extremo de muy difícil fiscalización para toda contraparte –y en especial para la Administración–: la estructura de costos de la prestación base de un reclamo compensatorio originariamente contratado a valores de mercado, y sin previo estudio de costos por parte del comitente. Entonces, ¿cómo hará la Administración para controlar en juicio aquella estructura de costos base del reclamo en la que oportunamente no reparó?

Planteo esta inquietud con base en un dato de la realidad de la Administración. De ordinario, a la Administración le es muy difícil costear y controlar los costos de sus contratistas. Es un dato que la Administración carece de medios para costear sus contratos, tanto al proyectar sus bases, cuanto al evaluar ofertas. Por este motivo es que, especialmente en materia de obra pública, también dentro de sus pocos procedimientos licitatorios acude a una excepción: convoca a licitación sobre la base de anteproyectos con precio global estimado. Algo similar ocurre con los suministros en los que convoca sin previo estudio de costos, y sobre la base de estimaciones de precios. Luego, compara los precios ofertados solo con base en la información su-

⁶⁰ No es así en otras realidades. Así, tal como comenta la doctrina española, el Superior Tribunal ha señalado: “Los requisitos formales para la contratación administrativa no pueden ser invocados por el organismo que los omitió” (cfr. Moreno Gil, Oscar, *Contratos...*, op. cit., p. 918).

ministrada —como declaración jurada— por los contratistas en sus ofertas y que se vuelcan en los llamados itemizados obrantes en sus planillas de cómputo y presupuesto, en materia de obra. El análisis de costos y precios es limitadísimo o inexistente. Finalmente, aún en contratos de obra pública, suele adjudicar sobre la base del menor precio, o fundada en consideraciones de otra índole, pero con argumentaciones casi siempre ajenas al mínimo apego a las reglas, y prácticas frecuentes en materia de control o auditoría de costos.

Todo este ciclo conlleva el reconocimiento implícito de la dificultad de lograr en sede administrativa, un estudio serio y a conciencia de los costos de las prestaciones. No digo nada nuevo si reconozco que los costos presentados por los oferentes, interesados y contratistas, muy frecuentemente, son aceptados sin reservas por su comitente estatal.

Frente a este escenario en el que el contratista sí es consciente de sus costos, me pregunto: ¿Cómo hará la defensa en juicio de la Administración para controlar ulteriormente la prueba de los costos que suministre el contratista pero que ella, originariamente, no pudo o no supo prever, durante la tramitación de la instancia administrativa?

La contundente elocuencia de los anteriores señalamientos, creo, me exime de comentarios.

Por ello, no es osado señalar que siguiendo estos lineamientos jurisprudenciales no arribaremos a soluciones en justicia. Por un lado, porque el particular inexperto verá sometidas sus legítimas expectativas de cobro a los voluntaristas arbitrios del funcionario de turno. Pero distinto será el caso del contratante habitual, del empresario avisado, quien sí será consciente de la incertidumbre estatal y de las limitaciones administrativas al conocimiento de sus costos reales.

Entonces, a no dudar que esa zona gris, ese ámbito de incerteza que para el comitente es la estructura de costos, será *pan comido* para aquellos contratistas expertos, en juicio, quienes muy probablemente arrimarán probanzas documentales y contables de diabólica o muy difícil fiscalización para el comitente estatal en juicio, en pos de acreditar los recaudos exigidos por la *actio in rem verso*.

Acaso sea éste el oscuro legado de la jurisprudencia comentada.

XI. EPÍLOGO

Creo en la necesidad de bregar por una reforma normativa de los procedimientos selectivos de contratistas, de intensificar la discusión sobre la crisis por la que atraviesa el sistema vigente, por sus paradojas, por la modernización y optimización de los instrumentos existentes en pos de un fortalecimiento institucional aventado

de prácticas corruptas⁶¹, que traduzca una mejor y más efectiva atención de las necesidades públicas en el marco de procedimientos más participativos, abiertos al control social, y democratizadores del poder de compra estatal.

Es un hecho que la Administración del siglo XXI vive tiempos que imponen otros ritmos, que claman por una eficacia y eficiencia empernada de celeridad pero enraizada en la télesis constitucional de prosperidad y libre comercio. Los tiempos actuales son dominados por las acuciantes urgencias y, muchas de las veces, las gestiones públicas se ven reducidas solo a la atención de las necesidades más urgentes, y en la urgencia se frustran las libertades económicas. El innegable aceleramiento de los tiempos de decisión en las gestiones públicas es ya un hecho notorio que –conscientes o no de ello– impacta de lleno sobre el régimen de contrataciones administrativas, ora desplazándolo, ora reduciéndolo a la inequidad.

De allí que la tipología de casos tratada en este trabajo me mueve a discutir sobre las cuestiones planteadas, por la primacía de la sustancia sobre las formas, de la realidad sobre las normas. No es ocioso que esta tipología de casos exteriorice soluciones que, si bien pueden ser consideradas en legalidad, reclaman por una juridicidad pendiente, por una solución justa y razonable, que debiera construirse con base en las “circunstancias particulares de tiempo y lugar” y “a través de la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones”⁶², en los hechos reales que los casos entrañan porque, recreando al Maestro Gordillo, “la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo”⁶³.

El análisis de la casuística en esta materia nos brinda la posibilidad de apreciar la obsolescencia sistémica de los reglamentos de contrataciones estatales, en general, y de la actual formulación de la licitación pública, en particular.

Entiéndaseme bien: me refiero a la obsolescencia que actualmente posee la regulación normativa de los mecanismos de contratación estatal –especialmente la licitación pública– y la consecuente necesidad de encarar un proceso modernizador del actual régimen, tal como sostiene la moderna doctrina en la materia. Para ello, se insiste en la

⁶¹ Dijo el Prof. Héctor Mairal: “[...] si aplicar ecuánimemente la ley constituye un favor discrecional que solo se consiente a unos pocos, la tentación de negociar el acceso al núcleo de beneficiarios es enorme porque el escarmiento a que somete a quien no negocia es terrible [...] Concluimos por ello que no es suficiente con combatir los efectos de la corrupción. Es necesario destruir las causas que la favorecen, entre las cuales la más fácilmente corregible son las legales. La corrección de los factores jurídicos que alientan la corrupción y que venimos de listar no la eliminaría totalmente, pero reduciría su campo de acción en los casos en los que actualmente se recurre a ella ante la falta de mecanismos correctos de solución de conflictos frente al Estado” (autor citado, p. 93, “Las raíces legales...”, *op. cit.*).

⁶² Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, *op. cit.*, pp. I-26 con cita a Padilla y pp. I-27 con cita a Letourneur.

⁶³ Gordillo, Agustín, con cita de García de Enterría, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, *op. cit.*, pp. I-26.