

## CAPÍTULO IX

### ¿UNO O DOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS?

Por HÉCTOR A. MAIRAL

#### SUMARIO

I. <i>Introducción</i> .....	121
II. <i>El caso CADIPSA</i> .....	124
III. <i>El caso Hidroeléctrica Piedra del Aguila</i> .....	126
IV. <i>El caso Robles</i> .....	128
V. <i>Conclusiones</i> .....	129



*Capítulo IX*  
**¿UNO O DOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS?**

POR HÉCTOR A. MAIRAL

*I. Introducción*

El presente artículo plantea una inquietud que despierta cierta jurisprudencia de derecho administrativo en cuanto pondría de relieve, en ocasiones, una disparidad en el tratamiento de los actos administrativos que el Estado impugna frente al dispensado a aquellos que cuestionan los particulares.

De allí la pregunta: ¿Existe un solo derecho administrativo o hay dos derechos, según sea quien impugna el acto: Un particular o la misma administración?

Ya hemos observado en otros trabajos las diferencias de criterio en la aplicación del Decreto-ley 19.549/72<sup>2</sup> según lo invoque a su favor un particular o el Estado. Así, cuando un particular procura escapar de la caducidad que impone el artículo 25 del RLPA con el argumento de que se impugna un acto administrativo viciado de nulidad absoluta, la contestación jurisprudencial es categórica: Dicho artículo no distingue entre actos nulos y anulables por lo cual no está facultado el tribunal para distinguir y debe aplicar estrictamente el plazo cualquiera sea el vicio alegado.<sup>3</sup>

No obstó a dicha jurisprudencia la regla del mismo RLPA según la cual el acto administrativo afectado de nulidad absoluta “debe ser revocado... aun en sede administrativa.” El particular no podría entonces exigir el cumplimiento de esta obligación de la administración a partir de los 15 días hábiles administrativos de su notificación, si no interpuso recurso jerárquico contra el acto administrativo, o

<sup>1</sup> Publicado originalmente en *LL*, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 aniversario, 2010, pp. 1-8.

<sup>2</sup> En lo sucesivo “Régimen Legal de Procedimientos Administrativos” o “RLPA.”

<sup>3</sup> CNFed. C.A., Sala III, *Giménez Vega c. Comité Federal de Radiodifusión*, ED, 97-283. Hemos criticado este fallo (H. A. MAIRAL, *Control Judicial de la Administración Pública*, t. I, p. 392.) Cfr. GARCÍA PULLÉS, *Tratado de lo Contencioso-Administrativo*, t. 1, p. 52.

después de los 90 días hábiles judiciales de la notificación del rechazo expreso de dicho recurso si no inició la acción judicial en ese plazo. Pero la administración conserva intacto su poder de impugnación por los siglos de los siglos, ya que la acción del Estado para cuestionar judicialmente el acto administrativo viciado de nulidad absoluta es imprescriptible de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema.<sup>4</sup>

Sin embargo, ocurre que el artículo 7 del RLPA exige, como requisito esencial del acto administrativo, que antes de su emisión deban cumplirse “los procedimientos esenciales y sustanciales previstos,” para agregar, a renglón seguido, que se considera “esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.” Y dispone el inciso b) de su artículo 14 que el acto administrativo es “nulo, de nulidad absoluta e insanable,” entre otros casos, cuando se hubieren violado la ley o “las formas esenciales,” quedando la mera anulabilidad limitada a aquellos casos en los que se haya incurrido en una irregularidad “que no llegare a impedir la existencia de algunos de sus elementos esenciales.” (Art. 15.)

No obstante la claridad de estas disposiciones, la Corte Suprema, en el caso *Duperial*,<sup>5</sup> consideró que el vicio de la falta de dictamen queda subsanado al emitirse el dictamen jurídico correspondiente en el trámite del recurso administrativo en el cual el particular impugna el acto original. No observó el Alto Tribunal que de esa manera borraba el requisito legal, ya que, en la práctica, en ningún caso podrá el particular plantear con éxito la nulidad del acto administrativo dictado sin el dictamen jurídico previo ya que, si lo impugna en término, podrá subsanarse el vicio al tramitar el recurso administrativo, y si no lo impugna el acto quedará firme por vencimiento del plazo para recurrir.

Análogamente, la Corte Suprema ha convalidado actos administrativos carentes de la motivación que requiere el art. 7, inc. (e) del RLPA, admitiendo que el requisito se cumpla después de dictado el acto (en la especie, al tramitarse el recurso de amparo con el que el particular impugnó el acto),<sup>6</sup> posición ésta que la doctrina critica pero que la práctica tolera.<sup>7</sup> Más grave aún, se han convalidado sanciones administrativas aplicadas pese a la omisión del sumario previo.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> S.A. *Empresa Constructora F.H. Schmidt c. Provincia de Mendoza*, Fallos 179: 249; regla recientemente reiterada en *Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A.*, Fallos 324: 4199.

<sup>5</sup> CSJN, S.A. *Duperial I.C. c. Nación Argentina*, Fallos 301: 953. Ver, sin embargo, la correcta doctrina sentada por la Sala II de la Cámara Nac. de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal en el caso *American Airlines c. Secretaría de Comercio e Inversiones*, ED Administrativo 2000/01, p. 125.

<sup>6</sup> *Molinas, Ricardo c. Nación Argentina*, Fallos 314: 1091.

<sup>7</sup> A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, 9ª ed., p. X-21; MAIRAL, *op. cit.*, t. 2, p. 657; J.R. COMADIRA y L. MONTE, *Ley de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*, p. 202, nota 723.

<sup>8</sup> CSJN, *Universidad Bartolomé Mitre*, Fallos, 273: 134 (con disidencias); Cárn. Nac. Ap. Com. Adm. Fed., Sala IV, *Oncerrur S.A.*, ED 122-253 y *Finatlantic S.A.*, LL, 1993-B, 431; Sala III, *Hisi*

La “tesis de la subsanación” como la definiera LINARES en 1971<sup>9</sup> analizando distintos períodos de la jurisprudencia de la Corte, bien que criticada por la doctrina,<sup>10</sup> ha sido reiterada (aunque no uniformemente) aplicada por la Corte Suprema,<sup>11</sup> por la jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo y por la Procuración del Tesoro.<sup>12</sup>

La teoría de la subsanación premia doblemente la inconducta de la administración. En primer lugar, la administración puede dictaminar o motivar luego de conocer los argumentos del particular para cuestionar el acto. Y, además, mantiene incólume la posibilidad de revocar el acto por falta de un requisito esencial (el dictamen jurídico, la motivación o el sumario) ya que dependerá de su sola voluntad remediar o no el defecto.

De todo esto resulta que la jurisprudencia aplica estrictamente las normas del RLPA en contra del particular, pero flexibiliza esas normas cuando él es quien las invoca a su favor en contra del Estado.

La misma disparidad de criterios a que hacemos referencia se evidencia también en otra jurisprudencia que también trata al particular con un rigor que no es común ver que se aplique al Estado. Por eso nos interrogamos si existen uno o dos derechos administrativos.

En lo que sigue comentaremos, pues, algunas decisiones de la Corte Suprema en casos difíciles (en todos hubo disidencias) en las cuales cabe plantear la duda de si la solución hubiera sido idéntica en caso de haber defendido el Estado la validez de su actuación original por haber sido ésta, en la hipótesis contra-fáctica, la menos favorable al particular.<sup>13</sup>

*Gustavo, LL*, 1994-D, 461, con nota de H. M. HUICI, “Subsanación en sede’ judicial de vicios del acto administrativo.”

<sup>9</sup> J. F. LINARES, “La garantía de defensa ante la Administración,” *LL*, 142-1137.

<sup>10</sup> COMADIRA y MONTI, *op. cit.*, p. 317.

<sup>11</sup> CSJN, *Soñes, Fallos*, 310: 272. Ver, sin embargo, el caso *Adidas Argentina y otros c. Ministerio de Economía, Fallos*, 325: 1013, y el comentario de F. O. CANDA, “El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación” en *ED Administrativo* 2001/02, p. 233.

<sup>12</sup> Ver fallos sin publicar y dictámenes citados por COMADIRA y MONTI, *op. cit.*, pp. 319-20.

<sup>13</sup> Bien que paradigmáticos, no son éstos los únicos casos. DIANA y BONINA comentan un caso en que la Corte Suprema dejó de lado su jurisprudencia sobre las formas esenciales de los contratos administrativos cuando quien invocaba a su favor el contrato aquejado de informalidad era un ente estatal (ver. N. DIANA y N. BONINA, “Contrapunto. Sobre la forma en los contratos administrativos;” *LL*, 2007-A, 780, comentando el fallo de la CSJN en *Gas del Estado S.E. (en liq.) c. Transportadora de Gas del Sur S.A., Fallos* 326: 2457.) Para un caso en que se llegó a la solución opuesta a la de dicho caso, pero en beneficio del Estado, ver CSJN, *Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c. Ferrocarriles Argentinos, Fallos*, 315: 214.

## II. El caso CADIPSA<sup>14</sup>

En una licitación de áreas petroleras, ante una duda expresada por los interesados, el Subsecretario de Combustibles dicta una resolución disponiendo que la regalía a abonar por los adjudicatarios será del 8%, en lugar del 12% establecido como regla por la Ley de Hidrocarburos. Al así hacerlo incurre en una confusión entre diversos pagos que debían efectuar los adquirentes. Sin embargo, la misma Ley de Hidrocarburos autoriza al Poder Ejecutivo a reducir la regalía hasta el 5%. El Poder Ejecutivo al aprobar la adjudicación aprueba también todos los actos del trámite con lo que se consideran incorporados a las nuevas concesiones petrolíferas no sólo los términos de los pliegos de la licitación, sino también los de las aclaraciones formuladas por la autoridad durante el procedimiento de selección del contratista.

Sin embargo, después de adjudicada la licitación y pagados los montos ofrecidos por los ganadores (que, es de suponer, tuvieron en cuenta la regalía reducida para valuar los yacimientos ofrecidos), un nuevo Subsecretario de Combustibles Energía “aclarar” la resolución de su predecesor y dispone que la regalía siempre debió ser del 12%. Cuestionado este acto “aclaratorio” por uno de los adjudicatarios, la Corte Suprema rechaza la acción con costas. Entre sus considerandos sostiene que los oferentes, como empresas petroleras y, por ende, especialistas en la materia, no podían desconocer la legislación vigente. En cuanto a la ratificación por el Poder Ejecutivo no la considera efectiva porque no se siguió el procedimiento correcto para la reducción de la regalía, el que requería el pedido del particular, la propuesta favorable de la autoridad de aplicación y la decisión del Poder Ejecutivo. En su solitario voto en disidencia, BOGGIANO hace hincapié en la presunción de legitimidad y estabilidad de las que, como acto administrativo, gozaba la primera resolución, y también reconoce efectos a la ratificación del Poder Ejecutivo.

Pocos casos de sorpresa de los particulares por las marchas y contramarchas del Estado debe haber en nuestro derecho comparables con el caso *CADIPSA*. ¿Acaso el requisito de diligencia que, según los precedentes de la Corte Suprema deben observar los particulares que participan en las licitaciones públicas<sup>15</sup> se aplica sólo en contra de los oferentes pero no en contra del Estado? ¿Qué decir de la confianza legítima de los oferentes ante una medida clara y contundente de, nada menos, la autoridad de aplicación de la legislación petrolera?<sup>16</sup>

<sup>14</sup> *CADIPSA S.A. c. Estado Nacional y otros*, Fallos, 323: 1146. Comenta favorablemente el fallo J. R. COMADIRA en su capítulo “Algunas consecuencias de la aplicación del principio de juridicidad de la Administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa,” en *La Contratación Pública* (dir. J. C. CASSAGNE y E. RIVERO YSERN), p. 655.

<sup>15</sup> CSJN, *Juan Carlos Radeljak c. Administración General de Puertos*, Fallos, 311: 2831.

<sup>16</sup> COVIELLO ha profundizado el tema de la confianza legítima con importante acopio de jurisprudencia europea. (P. J. J. COVIELLO, *La Protección de la Confianza del Administrado*, passim.)

Y, por otra parte, ¿fue sancionado el anterior Subsecretario de Combustibles por haber dictado un acto violatorio de la ley? La presunción de conocimiento de la legislación petrolera, ¿no se aplica en primer lugar a su autoridad de aplicación? El enriquecimiento sin causa que obtuvo el Estado al permitir que se formulen ofertas sobre la base de menores pagos de regalías (lo que aumentaba el valor de las concesiones) ¿no merecía una mención siquiera en el fallo de la Corte? El Estado se equivoca groseramente en detrimento de los particulares ¿y los únicos que sufren son éstos? Observamos, como consuelo para ellos, que el Procurador General mencionó la posible responsabilidad del Estado por los perjuicios causados, aspecto que la Corte Suprema pasa por alto. Sin embargo, ¿quién se anima a recomendar una acción de daños y perjuicios contra el Estado nacional ante tal situación, para aguardar 15 años y arriesgar otra gravosa condena en costas?

Pongámonos, por un momento, en la posición de los asesores jurídicos de los oferentes. ¿Quién de ellos se hubiere atrevido a sostener la invalidez de la primera resolución del Subsecretario de Combustibles luego de su ratificación por el Poder Ejecutivo que aprobó “todos los procedimientos administrativos realizados”? Cierto es que el decreto aprobatorio del Poder Ejecutivo dispuso que las regalías a abonar por el concesionario serían calculadas “de conformidad a lo previsto por los artículos 59, 61 y 62 de la Ley 17.319 (de Hidrocarburos),” pero uno de dichos artículos prevé la posibilidad de reducción de la regalía, por lo cual la lectura que la Corte hace de ese decreto como reafirmando la exigencia original del 12% no es la única posible. Más aún, un proceder correcto que no buscara sorprender a los oferentes debería haber puesto de relieve esa exigencia clara y expresamente, pero en ese caso el Estado hubiera corrido el riesgo de que se echen atrás varios adjudicatarios. ¿Es ésta, acaso, una conducta acorde con el principio de buena fe que reiteradamente se ha decidido que es también aplicable a la administración?<sup>17</sup> ¿Es compatible dicha conducta con el *standard* que ha sostenido la Procuración del Tesoro para el Estado al decir que “el Estado nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico, sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan”?<sup>18</sup>

Cierto es, también, que no pareció haberse seguido el procedimiento previsto por la norma para fijar la reducción. Y, más substancialmente, que la reducción se basó en un error del funcionario, bien que este error era explicable dadas las circunstancias del caso y no recayó sobre el acto en sí (dado que se dictó el acto que se deseaba dictar) sino en los presupuestos de hecho en los que el funcionario se habría basado, con lo cual el acto devenía meramente anulable.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> H. A. MAIRAL, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, pp. 53-54; COVIELLO, *op. cit.*, pp. 404-07.

<sup>18</sup> Dictamen del 17-IV-1986, acuerdo 3098/85, Dirección de Parques Nacionales.

<sup>19</sup> GORDILLO, *op. cit.*, t. 3, p. IX-54.

Pero un Tribunal que considera que la falta de un procedimiento declarado esencial por el RLPA es subsanable,<sup>20</sup> y que admite ratificaciones en caso de incompetencia por razón de grado sin entrar a considerar si la facultad era delegable,<sup>21</sup> y aún las ratificaciones implícitas,<sup>22</sup> no puede considerar como un vicio grave la falta de solicitud del beneficio por el particular o el hecho de que la autoridad de aplicación no efectuó una propuesta al Poder Ejecutivo, sino que resolvió por sí misma, resolución luego ratificada por el Poder Ejecutivo. Por ello, bien podría la Corte haber tenido una interpretación más benévola de la posición de los intereses privados. Como mínimo, anular la primera resolución del Subsecretario de Combustibles, con efecto a partir de la fecha de la sentencia, y eximir de costas al particular.

Ahora bien, hemos hablado de disparidad de trato y por ello planteamos la siguiente hipótesis: ¿Cuál hubiere sido la decisión de la Corte Suprema si, ante la ausencia del acto “aclaramentario,” la provincia beneficiaria de las regalías hubiera demandado por daños y perjuicios al Estado nacional alegando la reducción ilegítima de las regalías? Hacer argumentaciones contra-fácticas es siempre aventurado, pero ¿no tenemos la sensación de que, muy probablemente, el Tribunal hubiera decidido en contra de la provincia actora basándose en que —como seguramente lo habría invocado el Estado nacional— la ratificación por el Poder Ejecutivo nacional había purgado el vicio original del acto?

### III. El caso Hidroeléctrica Piedra del Aguila<sup>23</sup>

Una empresa generadora de electricidad recibe una misiva firmada por el Presidente del Ente Provincial Regulador que establece una metodología para el pago de las regalías debidas a la provincia. La misma fija plazos superiores (o sea, más favorables a la empresa privada) a los establecidos por la legislación nacional aplicable. Sin embargo, la provincia es la beneficiaria de los pagos y, de acuerdo con la legislación provincial entonces vigente, dicho Ente Regulador tiene a su cargo la percepción y administración de las regalías que corresponden a la provincia. Durante cuatro años la empresa paga las regalías en los plazos concedidos por la metodología informada, sin que la provincia oponga reparos. Recién a los cuatro años la provincia comienza a cuestionar los pagos por tardíos y, posteriormente, el Poder Ejecutivo provincial dicta un decreto disponiendo el pago de los intereses debidos por la alegada demora en los pagos durante todo ese período. La Provincia demanda entonces a la concesionaria el pago de los

<sup>20</sup> Caso *Duperial*, *supra*, n. 4.

<sup>21</sup> CSJN, *Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación c. Ministerio de Defensa y Dirección Nacional de Policía Aeronáutica*, Fallos, 326: 3882.

<sup>22</sup> CSJN, *Brunnicardi Adriano Careadio c. Estado nacional (B.C.R.A.)*, Fallos, 319: 2886, Considerando 9º en p. 2916.

<sup>23</sup> CSJN, *Provincia del Neuquén c. Hidroeléctrica Piedra del Aguila S.A.*, Fallos, 330: 3609.

intereses devengados por no haber esta última respetado los plazos originalmente establecidos y el Alto Tribunal nacional acoge la demanda, con costas. Nuevamente hace hincapié la Corte en el conocimiento que se supone que tiene la empresa generadora de la normativa aplicable y, nuevamente, se silencia que idéntico —o aún mayor— conocimiento debiera esperarse del Presidente del Ente Regulador. Ni siquiera se contempla la inexistencia de la mora culpable como exculpatoria de los intereses. Tampoco merecen mayor consideración los cuatro años de silencio de la provincia al recibir los pagos ni se menciona la presunción de legitimidad del acto administrativo del Presidente del Ente Regulador. Esta vez son tres los votos en disidencia que plantean estos últimos argumentos como decisorios. La mayoría de la Corte, por el contrario, pone en duda la remisión de la “metodología” y pareciera presumir el vicio de dicho acto inicial al plantear “... las dudas que pudiera generar desde otros puntos de vista —tales como el de la competencia de quien lo habría emitido o el de la regularidad del procedimiento necesario para su dictado...”

Sorprende la distinta lectura de los hechos por la mayoría y la minoría. La primera pone en tela de juicio la remisión de la nota del Presidente del Ente así como la existencia y legitimidad de las páginas que describen la metodología de pago. La segunda, por el contrario, advierte que la nota de marras no fue notificada solamente a la actora sino también a otras empresas, con lo cual su existencia aparecería incontrovertible.<sup>24</sup> En realidad, ante la alegación de un acto administrativo por el particular y la presentación de una copia escrita del mismo, no puede la administración limitarse a negar la existencia del acto (cosa que la provincia no hizo sino que se limitó a sostener que no se trataba de un acto definitivo, lo que contradecía el texto de la nota) ni, menos aún, el tribunal ponerla en duda sin, por lo menos, agotar las instancias para demostrar su existencia: ¿No existía un registro correlativo de las notas del Presidente del Ente? ¿Se interrogó a dicho funcionario para corroborar si realmente envió la nota?

Se dirá que son pruebas que debe aportar la actora. Sin embargo, la teoría de la carga dinámica de la prueba la coloca sobre aquél que está en mejor posición para probarlo o sea, en este caso, la provincia.<sup>25</sup> Por ello en Francia, la carga de la falta de autenticidad de la firma del acto administrativo alegado por el particular y de la incompetencia del funcionario que lo dictó recae sobre la administración.<sup>26</sup> También en Francia se sanciona la pérdida del expediente por la administración con la pérdida del caso<sup>27</sup> lo que hubiera dado una solución favorable al particular

<sup>24</sup> De hecho, la provincia inició acciones similares contra las demás empresas que se encontraban en la misma situación.

<sup>25</sup> Ver J. W. PEYRANO, “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas,” *LL*, 1991-B, 1034; “Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas,” *LL*, 1996-B, 1027.

<sup>26</sup> C. DEBBASCH, “La charge de la preuve devant le juge administratif,” *Dalloz/Sirey*, 1983, *Chroniques*, p. 43; J. M. AUBY y R. DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, t. 2, 3ª ed., pp. 542, 545.

<sup>27</sup> Ver “Cuando la Administración pierde sus expedientes, pierde también sus procesos,” nota de WALINE al arrêt Sanglier (C.E., 11-V- 1973) en *R.D.P.*, 1973, p. 1747.

si el Ente no podía (o no quería) presentar el registro correlativo de notas de su Presidente.

También aquí nos preguntamos: ¿Cuál hubiera sido la decisión de la Corte si la metodología comunicada por el Presidente del Ente hubiera planteado menores plazos de pago que los de la legislación nacional? ¿No es posible acaso sostener que, una vez que la provincia comienza a cobrar sus regalías y designa a un Ente regulador para percibir y administrar esos pagos, tiene asimismo la potestad reglamentaria para fijar los plazos de pago? ¿Qué hubiera pasado si se hubiera desatado la inflación y debido reducirse los plazos de pago: Debería la provincia haber esperado que la Nación reglamentase el tema?

#### IV. El caso Robles<sup>28</sup>

En una licitación pública el pliego de condiciones generales dispone que las “construcciones y/o mejoras” que levante el contratista podrán ser adquiridas por la administración al fin del contrato pagando su valor de tasación. El pliego de condiciones especiales distingue entre las “instalaciones” y los “edificios” y dispone que estos últimos quedarán a favor del Estado sin indemnización a favor del contratista. El único oferente resulta adjudicatario y en el contrato firmado con el Estado se reitera la regla del pliego de condiciones generales, o sea la más favorable al contratista. De acuerdo con las reglas de la licitación, el orden de prelación de los documentos es: Es contrato en primer lugar, luego las condiciones especiales y finalmente las condiciones generales.

Terminado el contrato, el Estado invoca la cláusula de las condiciones especiales para no indemnizar al contratista el valor de los edificios. La acción de cobro de dicho valor interpuesta por el contratista es rechazada, con costas. Al así decidir, la Corte Suprema consideró que el contrato no podía alterar las condiciones del pliego de condiciones especiales y que si el oferente interpretaba que había una contradicción entre los pliegos, debió pedir oportunamente una aclaración, lo que hubiera implicado reglas iguales para todos los oferentes, cosa que no hizo. La disidencia plantea la contradicción entre las cláusulas de los dos pliegos, hace valer el orden de prelación previsto en ellos y sostiene la aplicación de la regla de derecho privado contra stipulatiorem que sanciona al redactor, prefiriendo la interpretación más favorable a su contraparte.

Obsérvese que no se trata en la especie de una conducta unilateral del oferente que, luego de la adjudicación, pretende mejorar a su favor las condiciones de la licitación enviando una nota y alega que el silencio del Estado ante dicha nota constituyó aceptación de la misma, como ocurrió en el caso *Maruba*.<sup>29</sup> Aquí existe

<sup>28</sup> *Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c. Nación Argentina (Servicio Nacional de Parques Nacionales)*, Fallos, 316: 382.

<sup>29</sup> *Maruba S. C.A. c. Secretaría de la Marina Mercante*, Fallos, 321: 1784.

un acto expreso del Estado que elige una de dos alternativas posibles entre las cláusulas contradictorias de los pliegos.

Ahora bien: Nos preguntamos cuál hubiera sido la decisión de la Corte si la cláusula de los pliegos especiales hubiera sido más favorable al particular que la de los pliegos generales y el contrato hubiera reiterado la cláusula menos favorable de estos últimos:

¿Hubiera podido el contratista invocar la cláusula más favorable de las condiciones particulares? Podría argumentarse que de esa manera no se violaba el principio de igualdad, porque el único oferente quedaba, en definitiva, en peor situación que la que surgía de la documentación que sirvió de base a la licitación. También la Corte habría tenido a mano el argumento de que el pliego de condiciones particulares no puede contradecir el pliego de condiciones generales atento al carácter reglamentario de éste y al principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos.<sup>30</sup> Y por último, la Corte Suprema podría haber citado la jurisprudencia que invoca la aceptación de las condiciones del contrato por el particular como renuncia a cuestionar posteriormente las cláusulas que no lo favorecían, amén de la teoría de los actos propios.<sup>31</sup>

Pero si, como argumentó la Corte Suprema, realmente hubiera habido otros interesados que desistieron de presentar ofertas debido a la cláusula que disponía que los edificios quedaban sin cargo para el Estado, ¿no hubiera sido previsible que hubieran solicitado ellos la aclaración? El principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos ¿no se aplica en contra del Estado? ¿No rige también para el Estado el argumento de la seriedad de la licitación y la necesidad de conducirse con diligencia?

### V. Conclusiones

Quienes transitan los vericuetos del derecho administrativo saben, por experiencia, que el Estado rara vez cumple acabadamente con los requisitos de validez del acto administrativo. Decía la KGB de Stalin “Déme el hombre y le encontraré el delito.” En el derecho argentino podemos decir “Déme el acto administrativo y le encontrare el vicio.”

Lo cierto es que tales son los requisitos formales que debe cumplir la administración para dictar válidamente un acto administrativo que un respeto absoluto a la legalidad conduciría en muchos casos a la parálisis administrativa. Los funcionarios honestos y dedicados se encuentran así, frecuentemente, ante la disyuntiva de no cumplir eficazmente su función o verse obligados a violar recaudos formales.

<sup>30</sup> J. R. COMADIRA, *La licitación pública*, 2ª. ed., pp. 161-163.

<sup>31</sup> MAIRAL, *La doctrina de los propios actos...*, cit., pp. 171-72 y 179-83.

Así, por ejemplo, se ha observado que la mayoría de las contrataciones de la administración pública nacional se lleva a cabo sin licitación pública.<sup>32</sup> Sin embargo, la Corte Suprema sanciona con la nulidad absoluta los pocos casos en los que se plantean ante la Justicia los vicios en el procedimiento de contratación y que, reiteramos, sólo por azar o por razones no siempre claras, llegan a conocimiento de los tribunales.<sup>33</sup> Más aún, dadas las criticables prácticas que observa el Estado para pagar sus deudas, la falta de pago es frecuentemente síntoma de corrección privada y no a la inversa.<sup>34</sup>

Innumerables son las consultas en las cuales el cliente plantea al especialista la siguiente situación: Alertado por su abogado de la falta de algún recaudo en un acto administrativo que le otorga un beneficio, solicita a la administración que lo corrija pero recibe como respuesta de que tal corrección es imposible y que debe tomar el acto como está: Tómelo o déjelo. ¿Qué aconsejar en tal supuesto? La multiplicidad de instancias en que se repite esta situación impide, en la práctica, una actitud conservadora. Tampoco se observan, en la mayoría de los casos, aspectos que permitan sospechar prácticas irregulares. Los particulares aceptan el beneficio y rezan para que no le sea eventualmente revocado o anulado. Sólo las motivaciones políticas, o la mala suerte, deciden qué actos administrativos serán luego cuestionados y cuáles quedarán cubiertos por el manto del olvido.

Los tribunales escudriñan el acto que el Estado mismo impugna, pero no pueden evitar soslayar la irregularidad general en que se desenvuelven permanentemente los órganos administrativos y que no llega a conocimiento de la Justicia.<sup>35</sup> Obviamente, el Poder Judicial puede actuar solamente en los casos que son llevados ante sus estrados. Pero debiera tomar noticia de esta realidad para calibrar sus decisiones.

Decía SCHWARTZ que los fallos de la Corte Suprema norteamericana que rechazan la aplicación del estoppel contra el gobierno federal “tienen toda la belleza de la lógica y toda la fealdad de la injusticia.”<sup>36</sup> Lo mismo podríamos decir de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema que rechaza las acciones contra el Estado promovidas por los contratistas que han cumplido su prestación, basándose en la nulidad o inexistencia del contrato a raíz de los vicios incurridos en el procedimiento de contratación.

<sup>32</sup>A. GARCÍA SANZ, “Licitación Pública v. Contratación Directa: La batalla perdida,” *RPA*, 2006-3; “La contratación directa sigue siendo la regla. El decreto 259/2010: Un curioso festejo del Bicentenario,” *elDial, Supl. Derecho Administrativo*, DC-1323, 27-IV-10.

<sup>33</sup>*Mas Consultores de Empresas S.A. c. Provincia de Santiago del Estero, Fallos*, 323: 1515. Ver el análisis de las posiciones contrapuestas sobre este punto que realizan N. DIANA y N. BONINA, *op. cit.*

<sup>34</sup>Ver el prólogo de J. A. SAENZ al libro de PEDRO ABERASTURY, *Ejecución de Sentencias contra el Estado*, pp. 19-20.

<sup>35</sup>BONINA describe elocuentemente la práctica contractual de los organismos administrativos que frecuentemente se apartan de las formalidades exigibles colocando al contratista en situación de indefensión jurídica. (N. DIANA y N. BONINA, *op. cit.*)

<sup>36</sup>B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3ª ed., p. 152.

Sería mucho más difícil criticar esta severidad judicial ante actos administrativos ilegítimos si ella se ejercitara tanto a favor como en contra de la administración. El derecho administrativo sería así estricto para todos. Ello ocurre en Francia, aunque con la morigeración de la distinción entre las formalidades substanciales y las accesorias.<sup>37</sup> Sin embargo, en Francia, la anulación del contrato por vicios en el procedimiento también puede ser invocada por el particular para liberarse de las cargas que le imponía el contrato,<sup>38</sup> amén de que la inconducta administrativa al incurrir en vicios de procedimiento en el curso de la licitación constituye una falta de servicio que abre la puerta tanto a la indemnización a favor del particular como a la compensación del enriquecimiento sin causa que obtiene la administración, con lo cual el contratista puede llegar incluso a recuperar el beneficio del que fue privado por la anulación del contrato.<sup>39</sup>

En España la actitud ante los vicios de forma y de procedimiento parece ser más tolerante. Así, una sentencia del Tribunal Supremo decidió que “la infracción de las formalidades administrativas establecidas en la legislación de contratos del Estado por parte de la propia Administración contratante nunca podrá enervar el derecho del contratista al cobro de la cantidad correspondiente a la obra realmente ejecutada.”<sup>40</sup> Además, en ocasiones se ha prohibido a la administración invocar su propia torpeza y, si se llega a la anulación del contrato, se indemniza el enriquecimiento sin causa que ella obtiene.<sup>41</sup>

El derecho argentino ha preferido, por el contrario, el rigor francés sin los correctivos que ese derecho establece a favor del particular.

Sería, también, mucho más difícil criticar la conducta de la administración al impugnar la validez de sus propios actos si ella sancionara a los funcionarios responsables por la ilegitimidad y si los organismos de contralor administrativo procuraran eficazmente detectar y poner coto a la violación constante, por parte de la administración, de las formalidades exigibles. Pero la severidad judicial ejercida sólo contra los intereses privados en los pocos casos en que se levanta la cuestión y la pasividad administrativa frente a las prácticas irregulares de sus propios funcionarios, constituyen un verdadero estímulo para las conductas incorrectas de parte de la administración y, por qué no decirlo, de los mismos particulares.

Por otra parte, los efectos cívicos de esta severidad judicial ante los defectos del trámite administrativo cuando la administración impugna sus propios actos, unida a la tolerancia de dichos defectos cuando ella los defiende, son muy nocivos.

<sup>37</sup> A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE y P. DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, t. 1, 2ª ed., p. 596.

<sup>38</sup> LAUBADÈRE, MODERNE y DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 1, p. 575, especialmente nota 11.

<sup>39</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 6ª ed., pp. 112-13.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 17-XI-90, transcripta en O. MORENO GIL, *Contratos administrativos*, 3ª ed., p. 637.

<sup>41</sup> V. S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, p. 161-63.

De esta manera se permite a la administración dejar sin efecto cualquiera de sus actos sin soportar el costo de los perjuicios que así ocasiona a los particulares.

Se dirá que el Estado defiende el interés público y que ante éste deben sacrificarse los intereses privados que contradigan a aquél. Sin embargo, este argumento prueba demasiado, ya que permitiría sacrificar siempre los intereses privados y darle siempre la razón al Estado.

Más difícil de contestar es el argumento acerca de la idoneidad que se presume tienen las grandes empresas. ¿Pero, en verdad, quién puede opinar con certidumbre en la jungla jurídica de las reglamentaciones argentinas, muchas de ellas mal redactadas y a menudo contradictorias entre sí? ¿No hubo acaso disidencias entre los miembros de la Corte en los tres casos? Obsérvese además que, en *CADIPSA*, el Procurador General y la Corte Suprema, si bien coincidiendo en el rechazo de la demanda del particular, interpretaron distintamente los alcances de la circular inicial del Subsecretario de Combustibles.<sup>42</sup> Por otra parte, una empresa que, ante cada duda interpretativa en sus relaciones con el Estado, prefiriera la interpretación más negativa para sus intereses, quedaría rápidamente fuera de competencia. No es de esperar, tampoco, que el gerente de la empresa privada que recibe una instrucción oficial que amplía los plazos de pagos la ignore y continúe pagando en plazos más breves. Quien siguiera esa conducta no duraría mucho tiempo en su puesto.

La extremada severidad en juzgar la validez de los actos administrativos que impugna el mismo Estado (generalmente luego de que los funcionarios que los dictaron dejaron su cargo) desemboca así en una inseguridad jurídica general. La presunción de legitimidad del acto administrativo pareciera hoy jugar sólo a favor del Estado, nunca en su contra. La estabilidad del acto administrativo es hoy una teoría en gran medida vacía de contenido.<sup>43</sup> La administración siempre alega la nulidad absoluta así como el conocimiento del vicio por el particular y revoca por sí el acto.<sup>44</sup> (O lo suspende, lo que en la práctica tiene el mismo efecto.)<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Comparar el capítulo VI de la opinión del Procurador General con el considerando 6º, *in fine*, del fallo de la Corte.

<sup>43</sup> Cfr. S. E. VEGA, “La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la administración. La agonía de la acción de lesividad,” *LL*, 2007-B, 451 comentando el caso *Gordillo, J. H. c. Administración Nacional de la Seguridad Social*, C.N.F.C.A., Sala II; Cfr. A. S. GUSMÁN, “La estabilidad del acto administrativo a treinta años de la conformación del régimen legal,” *ED Administrativo*, 2007, pp. 675-76.

<sup>44</sup> Cfr. M. REJTMAN FARAH, “La estabilidad del acto administrativo y el conocimiento del vicio como causal de revocación,” en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Universidad Austral, 2009, pp. 431-32 citando la cambiante doctrina de la Procuración del Tesoro, hoy más favorable a la posición del particular: Ver, en este último sentido, el dictamen transcripto en *LL*, 2007-C, 376 con nota de E. M. ALONSO REGUEIRA, “¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?”

<sup>45</sup> Conf. con esta posibilidad J. R. COMADIRA, *Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, p. 215, con cita de dictámenes en el mismo sentido de la Procuración del Tesoro; L. MONTI, “Consideraciones sobre la sentencia dictada en la causa Pradera del Sol y la potestad revocatoria de la Administración,” *ED Administrativo*, 2005, p. 114. Contra GORDILLO, *op. cit.*, t. 3, p. VI-13 y 14.

Todo ello sin que el tribunal se detenga a determinar si, de acuerdo con las circunstancias del caso, la revocación es inefectiva porque la administración debió haber peticionado judicialmente su anulación.<sup>46</sup>

Párrafo aparte merecen las condenas en costas en los tres casos. Los tres fueron provocados por una conducta inicial del Estado que la Corte consideró ilegítima. En los tres casos hubo negligencia de parte del Estado al no haber actuado, en el entender de la Corte Suprema, de acuerdo a derecho. El Estado fue, así, responsable de la confusión que motivó el litigio. Y sin embargo, en ninguno de los tres casos se eximió de costas al particular. Ello sólo sería justificado si el particular hubiera sido partícipe con el Estado en la creación de la confusión o hubiera actuado dolosamente. No se alegan estas circunstancias en ninguno de los tres fallos.

Sin embargo, y en defensa de la jurisprudencia que comentamos, pareciera que bajo ella subyace una sospecha de la ilicitud dolosa (aunque casi siempre incomprobable) del comportamiento administrativo. Pero, sin pruebas al respecto, los jueces no pueden considerar que la totalidad de quienes tratan con la administración son partícipes con ella en conductas ilícitas y que, por ende, cuando se trae un caso ante sus estrados deben sancionar la inconducta que presumen. A un triste estado habremos llegado cuando los tribunales no presuman la inocencia sino el dolo.

La Corte Suprema, en su actual composición está mostrando una saludable tendencia a corregir el exagerado apartamiento de nuestro derecho administrativo de reglas que constituyen verdaderos principios generales del derecho.<sup>47</sup> Nos referimos a la admisión de la posibilidad de indemnizar el lucro cesante<sup>48</sup> y a la ratificación del efecto obligatorio de los contratos administrativos para el Estado con el consiguiente rechazo de la facultad de la administración para modificarlos unilateralmente.<sup>49</sup> Y a todos aquellos que rechazan absolutamente la aplicación de reglas de derecho privado en el derecho administrativo haciendo hincapié en el carácter exorbitante de éste, señalamos que, nada menos que en Francia, se sostiene que la regla “*nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*” es tan susceptible de ser invocada en los contratos administrativos como en los contratos civiles.<sup>50</sup>

Esperemos que esta tendencia jurisprudencial alcance al tema en discusión y se corrija la desigualdad de trato que ocasionalmente se observa: Existe un

<sup>46</sup> Cfr. GORDILLO, *op.cit.*, t. 3, pp. VI-18 y 19. Así lo sostuvo, correctamente en nuestra opinión, el voto en disidencia en CADIPSA.

<sup>47</sup> Cfr. J. A. SAENZ, “La responsabilidad contractual en el derecho público argentino,” en *Responsabilidad del Estado*, Facultad de Derecho, U.N. Bs. As., 2008, p. 67 y especialmente en p. 80 donde habla de la tendencia jurisprudencial a “desadministrativizar” los derechos patrimoniales en el régimen de los contratos del Estado.

<sup>48</sup> *Juncalán Forestal*, Fallos, 312: 2266; *El Jacarandá S.A. c. Estado Nacional*, Fallos, 328: 2654.

<sup>49</sup> CSJN, *Pradera del Sol c. Municipalidad de General Pueyrredón*, Fallos, 327: 5356.

<sup>50</sup> DE LAUBADÈRE, MODERNE y DELVOLVÉ, *op. cit.*, t. 1, p. 577.

solo derecho administrativo y él juega, siempre, tanto a favor como en contra de la posición del Estado.