

EN TORNO A LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN
DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por LUIS CASARINI

SUMARIO

1. Consideraciones preliminares	197
2. Las teorías de la indivisibilidad (acto complejo), de los actos separables y del acto coligado.....	198
3. El estado de la jurisprudencia.....	200
3.1. El caso <i>Mevopal c/Banco Hipotecario Nacional</i>	200
3.2. El caso <i>OKS</i>	201
3.3. El plenario <i>Petracca</i>	201
3.4. El caso <i>Serra</i>	202
3.5. El caso <i>Gypobras S.A.</i>	203
4. La actual redacción del art. 7° de la LNPA.....	204
5. Reflexiones finales	206

EN TORNO A LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por LUIS CASARINI

1. *Consideraciones preliminares*

Los actos administrativos dictados en la etapa de ejecución de un contrato de ese mismo carácter, se rigen por el contenido obligacional esencial establecido en el contrato-instrumento, las normas especiales eventualmente aplicables y, en lo que fuere pertinente, por la ley 19.549. Este último aspecto, vinculado a la aplicación y alcance de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), ha despertado no pocas controversias en la doctrina y la jurisprudencia.

Uno de los puntos medulares de la polémica gira en torno al régimen de impugnación que debe aplicarse a los actos administrativos contractuales cuando el contrato-instrumento y su plexo normativo guardan silencio al respecto. En especial, es materia controvertida si en tales supuestos debe aplicarse el art. 25 de la LNPA y computar el plazo allí previsto a partir de la notificación al contratista del acto administrativo que agota la instancia administrativa. Tales cuestiones son las que intentaremos analizar en el presente trabajo.

En este contexto, adquieren relevancia una serie de concepciones que explican la vinculación existente entre los actos administrativos contractuales y el contrato al que se incorporan, se separan o se entrelazan a través de las teorías del acto separable, de la incorporación y, más recientemente, del acto coligado, a lo que se antepone el régimen de impugnación de los actos administrativos dictados durante el proceso de licitación pública que finaliza con la adjudicación o perfeccionamiento del vínculo contractual. Más aún, y como se verá más adelante, hasta se ha llegado a demostrar que una clase de actos, denominados *meros pronunciamientos administrativos*—que no repercuten la esfera jurídica de los particulares ni la modifican— no se encuentran regidos por el sistema de

impugnación judicial propio de los actos administrativos, particularmente por el plazo de caducidad que prescribe el art. 25 de la ley 19.549.

2. *Las teorías de la indivisibilidad (acto complejo), de los actos separables y del acto coligado*

En torno a la vinculación existente entre los actos administrativos contractuales y el contrato, la doctrina, en esencia, ha postulado tres teorías, las que —como veremos luego— han tenido recepción en la jurisprudencia: i) La teoría de la indivisibilidad; ii) la teoría de la separación, y iii) la teoría de los actos coligados, cada una de las cuales ofrece una respuesta diferente al tema bajo examen.

En primer lugar, cabe destacar que hasta los primeros años del siglo XX primó la doctrina del todo indivisible —*tout indivisible*— o estructura compleja y unitaria del procedimiento contractual y del contrato, que consideraba inseparables los actos administrativos dictados en el procedimiento de gestación o de ejecución del contrato, lo que impedía su impugnación autónoma una vez celebrado el contrato (en Francia, el recurso de exceso de poder sólo ha tenido por objeto de impugnación a los actos y no a los contratos), y acotaba sensiblemente la legitimación para cuestionar la validez del procedimiento de selección en cuanto quedaban excluidos de protección los oferentes no adjudicatarios por ser terceros extraños al contrato. (Considerado como acto complejo e indivisible del procedimiento contractual.) Así, sin la existencia de un acto autónomo, cualquier planteo debía articularse únicamente ante el juez del contrato, jurisdicción a la que sólo podían acceder las partes con exclusión del resto de los participantes en el procedimiento de selección.¹

Como lógica reacción ante tales inequidades, el Consejo de Estado francés elaboró una concepción jurisprudencial distinta: La teoría del acto separable —*théorie des actes détachables*— que, en lo fundamental, interpreta que los diferentes actos unilaterales que dicta la administración —hasta la adjudicación o perfeccionamiento del contrato— son susceptibles de ser aislados e impugnarse, en forma separada, a través del recurso por exceso de poder. En este marco y aun con sus imperfecciones técnicas procesales, la concepción del acto separable introdujo criterios proclives a una mayor protección de los licitantes injustamente desplazados en los procesos de selección de contratistas.

Frente a las dos teorías expuestas precedentemente, emerge la teoría del acto coligado —que encuentra en BARRA² su principal exponente en la doctrina nacio-

¹ Ver CASSAGNE, JUAN C., *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 166 y ss; URRUTIGOTY, JAVIER, "Impugnación jurisdiccional de los contratos," en CASSAGNE, JUAN C. / RIVERO YSEM, ENRIQUE (directores), *La contratación pública*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 1165 y ss.; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, "Sobre el control jurisdiccional en la contratación administrativa," en CASSAGNE, / RIVERO (directores), *op. cit.*, p. 1141 y ss.

² BARRA, RODOLFO C., *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989; COVIELLO, PEDRO J. J., "Estudio preliminar," en MERTEHIKIAN, EDUARDO, *Estudios*

nal— que procura brindar una visión más integradora y sistémica del fenómeno de vinculación entre los actos pre o post contractuales y el contrato. La coligación implica la autonomía o separabilidad (jurídica e impugnatoria) de unos y otros, pero sin perder de vista sus vinculaciones e interacciones potenciales (no necesariamente actuales o concretadas entre todos ellos), que recíprocamente tienen. Lo que implica que el acto antecedente es susceptible de determinar de una manera total o parcial el acto consecuente, y que el acto consecuente es susceptible de ser determinado total o parcialmente por el acto antecedente; refiriéndose esta determinación no sólo a la causa, sino a todos los elementos de validez del acto, y se predica no sólo entre toda la serie de actos que se manifiestan sucesivamente, como antecedentes y consecuentes hasta llegar al consecuente final.³

En este marco, actos y contratos conforman una unidad homogénea, pero no porque se incorporen absolutamente, confundiendo los unos con los otros, sino porque se encuentran vinculados en una relación ontológica: Ninguno de ellos sería sino fuese por el ser de los otros; pero sin embargo, todos ellos, actos antecedentes y contratos, tienen sus efectos propios, sobre lo que deciden (los actos) o conciertan. (El contrato.) Desde esta perspectiva, se encuentran incorporados, pero a la luz de sus efectos propios e inmediatos, pueden ser ponderados separadamente. Ello porque el fenómeno de la incorporación y de la separación se da en el mismo momento, pero según el régimen de coligación, que resume ambos caracteres jurídicos en la estructura sistémica del procedimiento contractual.⁴

Adviértase que según esta tesis, el acto administrativo contractual, en cuanto verdadero acto administrativo (con todos sus requisitos y caracteres), se encuentra sujeto al régimen impugnatorio previsto en la LNPA y su decreto reglamentario. Los plazos para impugnar el acto en sede administrativa y, eventualmente, judicial comienzan a computarse a partir de su notificación al particular afectado. Si éste no efectúa la impugnación oportunamente, el acto se tendrá, en principio, por firme y consentido y no será susceptible, de allí en más de cuestionamiento alguno. No obstante ello, como el acto administrativo contractual se estructura sobre elementos de sus actos antecedentes, en la etapa de ejecución del contrato —y, por cierto, lo mismo ocurre en el procedimiento de selección— acto antecedente y consecuente se encuentran, muchas veces, concatenados, de manera tal que unos suelen servir de causa a otros. Así, habida cuenta que cada uno de los actos antecedentes pueden producir, en sí mismos, agravios al contratista, nada obsta a que éste los impugne inmediatamente después de ser notificado de ellos, incluso llegando a la impugnación judicial.

En relación a este punto, BARRA considera que no es aceptable el argumento que se expone en el precedente *Mevopal* relativo a que la impugnación judicial sobre contratación pública, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 54 y ss. y sus referencias.

³ BARRA, *op. cit.*, p. 102 y ss.

⁴ BARRA, *op. cit.*, p. 105 y ss.

planteada por el contratista puede provocar un daño en el espíritu de colaboración que debe existir entre las partes contratantes, pues ésta debe ser civilizada, lo cual implica el respeto por los remedios jurídicos que la contraparte puede utilizar para solucionar cualquier situación conflictiva.

De otro lado y según la tesis bajo examen, como el agravio que genera el acto antecedente puede ser la causa del agravio que generará el acto consecuente, nada impide que el contratista aguarde hasta ese momento (el de emisión del acto consecuente) para iniciar el procedimiento de impugnación, en especial, teniendo en cuenta que quizás, por diversas razones, en el acto consecuente final, o en los anteriores, tal agravio pudo ser solucionado, o también pudo el administrado, a través de la sucesión de actos, haber verificado la corrección de la decisión administrativa o viceversa. Por supuesto que la posibilidad de impugnar aquel agravio lo es sólo en la medida que el acto consecuente se encuentre perjudicado por el vicio que afectó al consecuente.

3. *El estado de la jurisprudencia*

Como veremos seguidamente, la modificación normativa introducida por el decreto 1023/01 viene a receptor los lineamientos jurisprudenciales sentados por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal y la Corte Suprema.

3.1. *El caso Mevopal c/Banco Hipotecario Nacional*⁵

Este precedente estableció el criterio de que “los actos administrativos, aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24 de la LNPA y al sistema de impugnación de su art. 25.”

De conformidad con el criterio adoptado en el decisorio —que refleja lineamientos de la doctrina de la incorporación—, el acto administrativo dictado en relación con un contrato administrativo se encontraría prácticamente integrado a éste.

La Corte señaló que la solución contraria acarrearía un dispendio jurisdiccional inusitado y un resentimiento en el espíritu de colaboración que debe existir en la vida del contrato, al generar la carga de litigar contra cualquier acto unilateral emitido por la por la administración. En este contexto, el contratista se encontraría obligado a cuestionar en sede administrativa los actos administrativos contractuales mediante la interposición de los recursos que marca la ley. Sin embargo, una vez agotada la instancia administrativa sin un resultado favorable a sus intereses, el plazo de noventa días hábiles judiciales previsto en el art. 25

⁵ CSJN, *Mevopal SA y otra c/ Banco Hipotecario Nacional*, 1985, Fallos, 307: 2216.

de la LNPA, para plantear la demanda, sólo comenzaría a transcurrir una vez concluido el contrato, sin perjuicio de que el particular pueda optar —según su libre arbitrio— por ejercer la acción aun antes del inicio del cómputo de ese plazo.

Según CASSAGNE,⁶ una explicación técnica del fallo de la Corte se encuentra en la teoría de las llamadas *operaciones complejas*. Dicha teoría postula que los plazos de caducidad se computan, en materia contractual, a partir del acto de liquidación final, recepción definitiva y, en su caso, del que resuelve su extinción. El carácter complejo de la operación contractual, reconocido por la doctrina francesa,⁷ integrada por actos sucesivos que culminan con un acto final, impone la superación de los plazos de caducidad si no se quiere romper con el principio de colaboración que debe regir la relación entre el contratista y la administración.

En este línea, bastaría con interpretar, aun sin acudir a la concepción del acto coligado, que el plazo de caducidad se computa recién a partir de ese acto final que, a los fines del proceso contencioso-administrativo, configura el acto definitivo previsto en el art. 23, inc. a) de la LNPA.

3.2. *El caso OKS*⁸

En este fallo el Alto Tribunal hizo remisión al criterio de *Mevopal*, concluyéndose en la improcedencia de la aplicación de la caducidad decretada, por resultar extraña al ámbito del litigio en el que la actora pretendía la actualización monetaria de un crédito por mayores costos.

3.3. *El plenario Petracca*⁹

En criterio opuesto al sostenido por la Corte en *Mevopal*, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal consideró que los actos dictados en el curso de ejecución de un contrato administrativo gozan de autonomía frente a este último, y estableció como doctrina legal que “la impugnación de los actos administrativos prevista en los incisos a) y b) del art. 23 de la ley 19.549, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido por su art. 25.”

En lo sustancial, el tribunal hizo propia la teoría de la separación según la cual cada acto administrativo mantiene su individualidad respecto del contrato

⁶ Cfr. CASSAGNE, JUAN C., *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 331 y ss.

⁷ Según dicho autor, en la doctrina francesa se sostiene que hay una operación compleja en aquellos supuestos en que cuando una decisión final no puede adoptarse sino después de una serie de decisiones sucesivas que permiten el dictado de una decisión final.

⁸ CSJN, 21/X/86, *OKS Hermanos y Cía. SACI y Financiera c/ Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio s/ordinario*, no publicado en la colección de fallos.

⁹ CNFed. CA, en pleno, 24/IV/1986, *Petracca e hijos SA c/ Estado Nacional – Ente Autárquico Mundial '78, ED*, 118: 391.

al que hace referencia y, en consecuencia, se encuentra sujeto al régimen de impugnación establecido para los actos de esa naturaleza.

En términos de la sentencia de la Cámara, “el acto dictado durante la ejecución de un contrato administrativo responde a reglas propias de validez, tiene sus propias causas o funcionalidad específicas y, fundamentalmente, pueden ser anulados independientemente del contrato, sin afectar la validez de éste.” El tribunal efectuó un particular razonamiento sobre la base del art. 7º, último párrafo de la ley 19.549, que en su redacción previa a la reforma introducida por el decreto 1023/01 establecía: “Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título [Título III: Requisitos esenciales del acto administrativo], si ello fuera procedente.” En el entendimiento de la Cámara, no podía colegirse de lo dispuesto en la norma que esa misma pauta —aplicación analógica y no directa— se extendiera a las disposiciones del Título IV para la impugnación de actos administrativos dictados durante la ejecución de un contrato.

3.4. *El caso Serra*¹⁰

Este precedente se nutre, en lo sustancial, de la teoría de los actos coligados. La causa se originó por una demanda por cobro de honorarios por dirección e inspección de una obra contratada y no ejecutada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, ésta opuso la excepción de caducidad de la acción contencioso administrativa, toda vez que no era aplicable al caso el plazo de caducidad, sino el de prescripción. Antes de proseguir, conviene señalar, que en su momento el actor había deducido recurso administrativo que fue resuelto negativamente por el intendente y que la acción la dedujo fuera del plazo previsto en el art. 100 de la Ley Orgánica Municipal N° 19.987.

En cuanto aquí interesa, el Tribunal sostuvo: “19) [...] de las constancias de la causa resulta que el derecho invocado por la actora no se encontraba supeditado, en cuanto a su existencia, por la decisión de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. 20) Que, en dicha inteligencia, es en el *complejo interrelacionado de actos que dan base estructural a la existencia y ejecución del contrato administrativo* donde es preciso buscar el origen del derecho invocado. En otros términos, *es en esa interrelación de actos administrativos, en la que cada uno es consecuencia del precedente sin perder, por ello, su individualidad, pero cuya existencia se justifica «en» y «para» el contrato administrativo* donde, en el caso, se sitúa la fuente del derecho de la actora, y no en el acto impugnado, que está, como tal, fuera de la estructura esencial de actos ligados al contrato, y su incidencia sobre ella es, al fin indicado, nula.”

¹⁰ CSJN, *Serra, Fernando Horacio y otro c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 1993, Fallos, 316: 2454.

Adviértase que, por un lado, la Corte disoció, a los fines de su pertinente reclamación por la vía que fuere, todo lo vinculado al nacimiento en sí de la situación jurídica del contratista, en cuyo caso es preciso seguir la previa vía impugnatoria, esto es, utilizando palabras del Tribunal, “aquellos casos en que la pretensión hecha valer en la acción o recurso intentado se dirija principalmente a hacer cesar la nueva situación jurídica que emane del acto administrativo o bien, que precise la declaración de invalidez del acto —esto es, hacer caer su presunción de legitimidad— para posibilitar, así, la procedencia de la acción que dicha presunción obstaculiza” (cons. 17), de aquellas otras situaciones jurídicas subjetivas que nacen de la relación y no del acto, en cuyo caso no deviene necesario deducir la acción impugnatoria, sino la resarcitoria.

Para arribar a esto último, se hizo jugar en cierto modo la doctrina de los actos separables para enfatizar la concatenación jurídica de los actos de la relación contractual en sí, de donde nacen los derechos, como era en el caso, el derecho creditorio reclamado. Sin embargo, cuando el nacimiento o extinción del derecho depende del acto, y no de la relación jurídica, entonces sí es preciso impugnar primero éste.

3.5. *El caso Gypobras S.A.*¹¹

En este caso, la Corte deja de lado la teoría de la incorporación en pos de la doctrina de la separación, siguiendo en buena medida el razonamiento expuesto por la mayoría en el fallo plenario *Petracca*.

Con remisión expresa al ya citado caso *Serra*, el Máximo Tribunal se pronuncia acerca de la constitucionalidad del plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA, y declaró que el art. 7° de dicha norma “en cuanto determina que los contratos administrativos se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las disposiciones del tít. III del mencionado cuerpo normativo, no permite sostener que la misma pauta —aplicación analógica y no directa— se extienda al tít. IV, en el que se regula la impugnación judicial de los actos administrativos.”

En este orden, cabe poner de resalto que la decisión recaída en *Gypobras*, emitida en un contexto normativo diferente al actual, no necesariamente resultaría incompatible con el criterio sentado por el propio Tribunal en la causa *Serra* y bien podría interpretarse que la Corte Suprema tiene actualmente a su alcance ambas decisiones, de manera de conformar una pauta hermenéutica según la cual el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA es constitucional y se aplica a los actos administrativos dictados durante el desarrollo del contrato, pero no respecto de cualquier decisión sino de aquellas que revistan naturaleza de actos administrativos propiamente dichos y que en la inteligencia brindada

¹¹ CSJN, *Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia s. contrato de obra pública*, 1995, Fallos, 318: 4411.

por el Tribunal en la causa *Serra* alteren o modifiquen la *relación jurídica subyacente*.¹² Lo cual no invalida, ciertamente, la facultad del contratista afectado por la decisión de impugnarla en forma autónoma, aunque no tenga el alcance señalado en la citada doctrina.

4. La actual redacción del art. 7° de la LNPA

En el orden nacional, el decreto de legislación delegada 1023/01, aprobatorio del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (en adelante “el Régimen”), introdujo una modificación del último párrafo del art. 7°, inc. *f*) de la LNPA vinculado al elemento finalidad del acto administrativo, calificado como esencial, el cual ahora establece: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el sector público nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente Título, *en cuanto fuere pertinente*.”¹³ En este punto cabe aclarar que el Título aplicable es el III que comprende los arts. 7° al 22 inclusive de la ley 19.549.¹⁴

La disposición originaria de la norma establecía: “Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente título, *si ello fuera procedente*.”¹⁵

En esta línea, se observa que mientras la nueva redacción establecida en virtud de la modificación introducida al texto de la LNPA por el decreto delegado 1023/01 rige para todas las jurisdicciones y entidades comprendidas en el sector público nacional, el ámbito subjetivo al que se aplica el citado decreto delegado se encuentra limitado sólo al sector público nacional definido en el art. 8°, inc. *a*) de la ley 24.156.

De otro lado, no presenta dudas la concepción adoptada en punto a la consideración integral del contrato público, sea o no de objeto administrativo, como un procedimiento contractual. En este punto, el art. 2° del mencionado régimen establece: “El presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso *a*) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones.” A su vez el art. 3°, luego de enumerar los *principios generales* de la contratación administrativa, establece expresamente: “Desde el inicio de las actuaciones

¹² MERTEHIKIAN, EDUARDO, “La impugnación judicial de los actos contractuales,” en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos*, Buenos Aires, RAP, 2006, p. 558 y ss.

¹³ Las bastardillas no son del original.

¹⁴ En este punto cabe apuntar que las leyes y decretos especiales que regulan los diferentes tipos de contratos administrativos, salvo temas determinados, como en materia de extinción del contrato por revocación, no regulan los aspectos contemplados en el Título III de la LNPA, o, por lo menos, sólo lo hacen en aspectos muy concretos y sin definir un régimen legal, por manera que en la práctica, la aplicación del Título III de la LNPA a los contratos administrativos será, como regla general, de tránsito obligado. (Cfr. BARRA, *op. cit.*, p. 134.)

¹⁵ Las bastardillas no son del original.

hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.” Lo enfatizado exterioriza la concepción unitaria y ciertamente procesal del contrato, en sus dos etapas principales: La genética y la de ejecución. Así también, en el art. 11 del citado Régimen se regulan las allí llamadas *formalidades de las actuaciones* mezclando actos correspondientes tanto a la etapa genética como a la de ejecución.

Dicha norma precisamente aísla a las principales *actuaciones* del procedimiento contractual, en tanto que actos administrativos sujetos a las exigencias del art. 7° de la LNPA, los que, obviamente, “tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la ley N° 19549 y sus modificatorias” (cfr. art. 12 del Régimen), sin perjuicio de modificar, en el art. 36, al art. 7°, *in fine* de la LNPA, para definir la aplicación directa de esa norma y de las restantes del Título III de la LNPA, a los “contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional.”

Desde esta perspectiva normativa, ha de colegirse que estamos ante actos administrativos que se emiten en el seno del procedimiento contractual, que, como tales, deben reunir los elementos estructurales enumerados en el art. 7° de la LNPA, elementos que, es evidente, por la naturaleza del contrato y con arreglo a lo expuesto al describir la teoría de los actos *coligados* o *entrelazados*, se proyectan, según las circunstancias, de los actos antecedentes a los actos consecuentes, ya que todos se apoyan en el mismo acuerdo de voluntades y se dirigen a la satisfacción de la finalidad allí querida.

En punto a si la mencionada aplicación directa de las disposiciones del Título III, sería extensiva a las del Título IV (que abarca los arts. 23 al 32), ha de recordarse que la jurisprudencia había respondido afirmativamente tal interrogante con sustento en lo que disponía el entonces art. 1° del —actualmente derogado— decreto 9101/72, régimen sustituido por el decreto 722/96, cuyo art. 2° (texto según decreto 1155/97), establece que sin perjuicio de la *aplicación supletoria* de las normas contenidas en la ley nacional de procedimientos administrativos aprobada por el decreto 1759/72 (t.o. por decreto 1883/91), continuarán en vigencia los procedimientos administrativos especiales que regulen las siguientes materias: c) Régimen de contrataciones del sector público nacional.

En este contexto, ha de concluirse que las disposiciones del Título III de la ley 19.549 son aplicables a los procedimientos contractuales *en forma directa* y *en cuanto fuere pertinente*, en tanto que el Título IV de la ley 19.549 es aplicable en el ámbito contractual *en forma supletoria*. Esto así habida cuenta que si el Título III, según el texto de la LNPA, es aplicable directamente “en cuanto fuere perti-

nente,” los otros Títulos de la ley no pueden —por elementales razones de orden lógico jurídico— emplearse en el marco contractual con igual alcance.¹⁶

Lo expuesto supone que en tanto las primeras disposiciones deben entenderse como integradas a los respectivos ordenamientos especiales *en cuanto fuere pertinente* y, en consecuencia, no pueden ser obviadas o sustituidas por otras por parte de los órganos y entidades contratantes, las segundas en cambio —vinculadas específicamente al régimen de impugnación judicial de los actos contractuales— son aplicables *en forma supletoria*, esto es, ante la falta de previsión expresa en los respectivos ordenamientos especiales. Adviértase que tales ordenamientos están compuestos también por los respectivos Pliegos de Bases y Condiciones —sobre cuyo carácter normativo se ha expedido la doctrina y la jurisprudencia— de lo cual se desprende que éstos podrían regular el aspecto aun de manera diversa, tanto en lo referido a la etapa de formación como en lo vinculado a la etapa de ejecución, aunque siempre guiados por el respeto a la garantía de la tutela judicial efectiva y del debido proceso sustantivo y adjetivo.¹⁷

5. Reflexiones finales

Durante la vida del contrato ya formalizado, la administración cocontratante debe adoptar variadas decisiones, algunas propias del curso ordinario del contrato y otras más excepcionales, aunque cuantitativa y cualitativamente relevantes. En todos los casos, la administración no puede dejar de expresarse mediante actos administrativos (algunos reglados, otros discrecionales, pero reglados en

¹⁶ MERTEHIKIAN, *op cit.*, p. 554 y ss. Cabe asimismo destacar que el citado reglamento de contrataciones administrativas establece en varias partes que es aplicable la ley 19.549. Así, el art. 11 del decreto 1023/01 dispone que las actuaciones allí indicadas deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el art. 7° de la LNPA; el art. 12, inc. a) que los actos administrativos que dicten los órganos competentes en ejercicio de prerrogativas de la administración tendrán los caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la LNPA. Con respecto a las contrataciones públicas electrónicas, dispone que deberá considerarse que los actos realizados en formato digital y suscriptos bajo esa modalidad cumplen con los requisitos del art. 8° de la LNPA. (Art. 21 del decreto 1023/01.) Estas son solo algunas de las referencias expresas a la ley 19.549, pues existen otras implícitas, como, por ejemplo, las normas relativas a la competencia, a la causa, al objeto, al procedimiento, a la finalidad y a la forma. Y lo mismo podría decirse de las nulidades, de las prescripciones concernientes al silencio, de la revocación de los actos y sus limitaciones, del saneamiento y de la caducidad.

¹⁷ Al respecto, considera GORDILLO que el decreto-ley 19.549/72 era categórico en excluir a los contratos administrativos, solución que se enfatiza por el posterior decreto 1023/01 de dudosa constitucionalidad formal en cuanto a la competencia, el cual sustituye del siguiente modo esa parte del art. 7°, en su art. 36. Y agrega que “el contrato es una construcción demasiado específica como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídico administrativos. Queda con ello dicho que los contratos se rigen por sus normas y principios especiales y que sólo subsidiariamente, o analógicamente, se recurrirá a las normas y principios de los actos unilaterales; al final de cuentas, también se recurre en ocasiones al Código Civil y no por ello se postula que los actos o contratos administrativos dejen de serlo o corresponda abandonar la noción. La distinción del derecho positivo, tanto argentino como comparado, sigue siendo a nuestro modo de ver tan nítida como antes en esta materia.” (GORDILLO, AGUSTIN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2011, 10ª ed., cap. IV, § 8, p. IV-22 y ss.)

sus efectos) con la plenitud de sus caracteres, pero no todos los actos dictados por la administración en materia contractual encuadran en la categoría de *administrativos*, ni todos los contratos que celebra la administración son *contratos administrativos*. En un contrato administrativo también se dictan actos de administración no impugnables ante la justicia, y actos de contenido exclusivamente patrimonial concernientes a relaciones jurídicas regidas por el derecho común. Existen, asimismo, contratos regidos por el derecho común en los cuales es parte un ente público. Los actos relativos a esta índole no son impugnables por las vías previstas en los arts. 23 y 24 de la LNPA.

Desde esta perspectiva, debe precisarse que la posición que se adopte en relación al concepto de acto administrativo no es neutra en punto a la solución de la rémora que demanda la necesidad de impugnar judicialmente las decisiones que adopta la administración tanto en la etapa de formación del contrato, como de su ejecución propiamente dicha.

Como ya se dijo, en esta cuestión no hay consenso en la doctrina nacional, discusión que se traslada a las normas positivas respecto de si el concepto de *acto administrativo* debe reservarse únicamente al acto de alcance individual productor de efectos jurídicos directos, o si también alcanza al *acto de alcance general* (reglamentos autónomos y de ejecución y actos generales propiamente dichos) —criterio que pareciera en alguna medida adoptar la ley nacional de procedimientos administrativos al regular los requisitos de ambos— pero disponiendo el reglamento nacional de procedimiento administrativo que solamente son recurribles los que posean efectos jurídicos directos e inmediatos (cfr. art. 80) y, por otra parte, si solamente debe limitarse a los *actos unilaterales* o —por el contrario— abarca también los *actos bilaterales*. (Contratos).¹⁸

En este contexto, no integran el concepto aquellas decisiones que encuadraran en el art. 80 del reglamento nacional de procedimientos administrativos (por ej.

¹⁸MERTEHIKIAN, *op. cit.* En este punto COMADIRA sostiene que la LNPA parece haber acogido, al respecto, una noción amplia de acto administrativo según el criterio de su fuente declarada en la materia, comprendiendo en su ámbito, por consiguiente, no sólo a los actos unilaterales individuales sino también los unilaterales generales y los bilaterales. (COMADIRA, JULIO R., *Procedimientos Administrativos: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 190 y ss.) GORDILLO, por su lado, señala que “las diferencias entre el contrato (acto bilateral) y el acto administrativo (acto unilateral) son mayores que las similitudes y marcan dos instituciones bien diversas del derecho administrativo. Cualquier libro de la materia con uno o más acápites especiales sobre los contratos administrativos, muestra de hecho cómo no es posible analizar conjuntamente los contratos y los actos unilaterales de la administración.” Y citando a LINARES agrega que “si se examina el contrato administrativo, se advierte que, desde el punto de vista orgánico, no es puramente estatal ya que los sujetos creadores son un órgano estatal y un sujeto no estatal, con intereses contrapuestos, que constituyen, como circunstancia existencial antecedente y fuente, una común declaración jurídica. Esta diferencia entre el acto administrativo como acto principal estatal o al menos dictado en ejercicio de funciones del Estado y el contrato administrativo como una declaración de voluntad común a la cual concurre un sujeto de derecho ajeno al Estado y en ejercicio generalmente de competencia privada, es de suficiente importancia como para recogerla a nivel conceptual.” (GORDILLO, *op. cit.*, cap. IV, § 8, p. IV-22 y ss.)

medidas preparatorias, dictámenes) puesto que en ese caso se trata de medidas que no son pasibles de ser recurridas y tampoco los denominados *meros pronunciamientos administrativos*,¹⁹ como podría serlo la negativa al pago de una obligación establecida contractualmente o que tenga origen en la aplicación del contrato y que encuadraría en las previsiones del caso *Serra*.

Sentado lo expuesto, cabe precisar que el decreto 1023/01 —emitido en ejercicio de la delegación habilitada por la ley 25.414— modificó el último párrafo del art. 7º, inc. f) de la ley nacional de procedimientos administrativos, el cual ahora dispone que las contrataciones que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el sector público nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación *directa* de las normas contenidas en el Título III, *en cuanto fuere pertinente*.

Desde esta perspectiva normativa, ha de colegirse que frente a la inexistencia de regulaciones específicas referidas a los contratos sobre las materias incluidas en el Título III de la LNPA, salvo en situaciones muy concretas (vinculadas con, por ejemplo, la extinción contractual), los contratos administrativos deben considerarse regulados, en tales aspectos, por la misma normativa aplicable a los actos administrativos. Es decir, las referidas disposiciones deben ser consideradas integradas a los respectivos ordenamientos especiales en cuanto fuere pertinente y por lo tanto no pueden ser obviadas o sustituidas por otras por parte de los órganos y entidades contratantes.

¹⁹ Destaca MAIRAL que “cuando el administrado invoca un derecho preexistente cuya existencia o reconocimiento no depende de una declaración administrativa, y la administración se rehusa a reconocerlo, tal actitud en nada afecta al derecho preexistente. Cuando la controversia se refiere a una relación de derecho privado es fácil desconocer a tal rechazo el carácter de acto administrativo y encontrar, así, una solución al problema. Pero ello no ocurre cuando la relación está regida por el derecho administrativo. Así sucedió en un caso en que una entidad autárquica, en el marco de una relación de derecho administrativo, garantizó las obligaciones de una empresa del Estado, y rechazó luego por escrito el reclamo del particular para que honrara dicha garantía, ante lo cual el agente fiscal exigió el agotamiento de la vía administrativa para habilitar la instancia judicial con el posible correlato del carácter firme del acto ante la inacción recursiva del particular.” Y agrega que “[i]déntica situación se observa con la decisión de una reclamación administrativa previa: si ella configurara un acto administrativo, debería impugnarse tal acto autónomamente con lo que la acción judicial quedaría alcanzada por la regla de la caducidad que establece el art. 25 LNPA siendo de allí en más inaplicables los plazos de prescripción que hasta ese momento regían la cuestión. Obsérvese que en este supuesto, la decisión administrativa produce efectos jurídicos, a saber, torna innecesario aguardar el vencimiento del plazo para que se produzca el silencio negativo y quede habilitada la instancia judicial. Es necesario precisar que, cuando se habla de la producción de efectos jurídicos como requisito para la existencia de un acto administrativo, tales efectos deben ser sustantivos y no meramente adjetivos. Por ello puede afirmarse de manera genérica que cuando un particular tiene un derecho cuya existencia no depende de reconocimiento administrativo, dependencia que sólo puede surgir de ley expresa que la establezca, las manifestaciones que respecto de dicho derecho formule la administración son inhábiles para afectarlo, no constituyen actos administrativos ni requieren impugnación.” (MAIRAL, HÉCTOR, “Los meros pronunciamientos administrativos,” en CASSAGNE, JUAN C. (dir.), *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, v. 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 657-658.)

En este sentido, entendemos que no resulta ocioso recordar que según la Corte Suprema, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal;²⁰ asimismo, cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación,²¹ puesto que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, en la medida que el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la intención del legislador.²²

Superada esta cuestión y en lo concerniente a si la aplicación directa de las disposiciones de los arts. 7° a 22 es extensiva a las del Título IV que abarca los arts. 23 al 32, consideramos que el Título IV de la ley 19.549 es aplicable en el ámbito contractual en *forma supletoria*. Esto así toda vez que si el Título III, según el texto de la LNPA, es aplicable directamente *en cuanto fuere pertinente*, los otros Títulos de la ley no pueden —por elementales razones de orden lógico jurídico— emplearse en el marco contractual con igual alcance.

Ahora bien, resta analizar si el particular debe impugnar cada acto en particular o sólo el último acto de ejecución del contrato. En este punto y con arreglo a las consideraciones vertidas al analizar la teoría de los actos coligados (que fuera receptada por la Corte Suprema en el caso *Serra*)²³ consideramos que dicha doctrina asegura de un modo prudente y razonable los derechos de los administrados, siempre que éstos demuestren que el acto de cierre está verdaderamente ligado o enlazado —en términos de antecedente y consecuente— con el acto (anterior) que es objeto de impugnación.

Entendemos que tal criterio logra armonizar razonablemente los dos principios en conflicto, a saber: Por un lado el postulado del agotamiento de las instancias administrativas y, por otro, el acceso amplio e irrestricto al ámbito judicial con el propósito de revisar las conductas estatales. En este marco, el agotamiento de las vías administrativas frente a un acto dictado durante la etapa de ejecución de un contrato puede concretarse por dos vías complementarias y no excluyentes: i) La impugnación directa por medio del cuestionamiento de los actos lesivos dictados

²⁰ CSJN, *Agencia Nórdica S.A.*, 1985, *Fallos*, 307: 928; *Sudamericana de Intercambio S.A.C.I. y F.*, 1989, *Fallos*, 312: 2075. En el mismo sentido, el Alto Tribunal tiene dicho que cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación (*Fallos*: 211:1063; 213:413), puesto que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, en la medida que el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la intención del legislador (*Fallos*: 200:165; 281:144; 308:54), buscando privilegiar dicha intención más allá de las imperfecciones técnicas de su instrumentación. (*Fallos*: 257:99; 259:63.)

²¹ CSJN, *Ministerio de Agricultura de la nación c/ Ernesto Soler*, 1948, *Fallos*, 211: 1063; *Cía de Luz y Fuerza Motriz de Córdoba*, 1949, *Fallos*, 213: 413.

²² CSJN, *Rodolfo Lorenzo Aguerreberry y otros*, 1971, *Fallos*, 281: 144; *Aurora Faguetti*, 1986, *Fallos*, 308: 54.

²³ CSJN, *Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 1993, *Fallos*, 316: 2454.

en forma previa al acto que pone fin contrato —que generalmente es el acto de recepción definitiva— o ii) aguardar hasta la conclusión del contrato y agotar la vía administrativa recurriendo el acto que pone fin al vínculo entre las partes, siempre —claro está— que guarde vinculación o coligación con el acto antecedente.

Es que, en esencia, se trata de procurar conciliar el interés general, que tiende a asegurar la estabilidad de los actos administrativos para el normal desenvolvimiento de la administración, con el interés particular, que demanda el respeto de los derechos garantizados por la Constitución nacional.²⁴

En este orden, ha de señalarse que un caso relativamente reciente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en *Condesa del Mar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*,²⁵ también aplicó la doctrina de los actos coligados. En este caso, la actora había sufrido la aplicación de diversas multas, contractualmente previstas, como consecuencia de presuntos incumplimientos del contrato de concesión de uso y explotación de un espacio del dominio público, que la vinculaba con la provincia demandada. Como consecuencia de la falta de pago de las referidas multas, la concedente, conforme a lo autorizado por el pliego respectivo, procedió a rescindir el contrato por culpa de la contratista. Contra dicha decisión se planteó la demanda del caso, en tanto la mayoría de los actos que habían impuesto las sanciones no habían sido recurridos por la interesada. La Corte, invocando la doctrina de los actos coligados, rechazó el criterio de la demandada orientado a que se considerasen firmes e incuestionables los actos de imposición de las sanciones, lo que conduciría necesariamente a sostener la incuestionabilidad, también, de la decidida rescisión contractual. En ese marco, con acierto, en la parte final del considerando IV señaló: “Así, en el sub lite, la falta de impugnación de los actos particulares que impusieron distintas multas a la empresa (actora) no determina la firmeza de los mismos, puesto que ellos pudieron —y de hecho lo fueron— ser atacados de manera conjunta a través del acto consecuente, en la medida en que los vicios imputados a este último responden a una reproducción motivacional de la sumatoria de los vicios que se endilgan a cada uno de los actos anteriores.”

Como ya hemos anticipado fugazmente y ahora lo decimos con claridad, la limitación temporal al ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en el art. 25 de la ley 19.549 deviene aplicable a los actos administrativos dictados durante el desarrollo del contrato, pero no respecto de cualquier decisión que adoptase la autoridad administrativa, sino sólo respecto de aquellas que revistan naturaleza de actos administrativos propiamente dichos. Esto es, en relación a

²⁴ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción de cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado,” *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, Buenos Aires, Depalma, enero-abril de 1990.

²⁵ SCPBA, 11/III/09, *Condesa del Mar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*.

aquellas conductas estatales idóneas para alterar la esfera jurídica del particular, que gozan de presunción de legitimidad y tienen fuerza ejecutoria.²⁶

En este contexto y a la luz de la reseña jurisprudencial realizada, cabría razonablemente postular (en una vuelta de tuerca más) que la decisión recaída en el precedente *Gypobras* (que fuera emitida en un contexto normativo diferente al actual y cuya modificación posterior, podría decirse que esbozó y proyectó) no resultaría inconciliable con el criterio sentado por el Tribunal en la causa *Serra* y bien podría interpretarse que la Corte Suprema tiene actualmente a su alcance ambas decisiones, de manera de conformar una pauta hermenéutica según la cual el plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA es constitucional y deviene aplicable a los actos administrativos dictados durante el desarrollo del contrato, pero no respecto de cualquier decisión sino de aquellas que revistan naturaleza de actos administrativos propiamente dichos y que en la inteligencia brindada por el Tribunal en la causa *Serra* alteren o modifiquen la relación jurídica subyacente.²⁷

A esta altura, no resulta ocioso aclarar que lo expuesto, ciertamente, no invalida la facultad del contratista afectado por la decisión de impugnarla en forma autónoma, aunque no tenga el alcance señalado en la citada doctrina. Es que, como se ya se dijo, al dictar su pronunciamiento en la causa *Gypobras*, el Tribunal expresamente se remite a su decisión recaída en *Serra*.

Por último y en cuanto a las pretensiones que no tienen por objeto cuestionar la legitimidad de un acto administrativo, como requisito para satisfacer el interés del agraviado, porque pueden ser resueltas sin que se declare su nulidad, estimamos que no devienen aplicables los plazos de caducidad previstos en el art. 25 de la LNPA. Así lo resolvió la Corte Suprema en el caso *Mevopal*, al excluir del tratamiento a los planteos que sólo tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones contractuales, daños e intereses, cobro de diferencias por mayores costos, etc. Por manera que resultan extrañas al ámbito de aplicación de los arts. 23 a 24 de la LNPA. Y el mismo criterio siguió en *Pensavalle*,²⁸ sentencia que no

²⁶ En el plenario *Petracca*, el juez Pico destacó que “los contratos administrativos se caracterizan, entre otras cualidades, por la ejecutoriedad de los actos y decisiones de la administración pública contratante y las facultades de dirección y control de esta última sobre la realización de las prestaciones a su cargo.”

²⁷ MERTEHIKIAN, *op. cit.*, p. 558 y ss.

²⁸ CSJN, *Pensavalle SA c. Estado Nacional s/ordinario*, 1989, Fallos, 312: 2150. En este caso, el contratista había reclamado el pago de diferencias resultantes de certificados de variaciones de costos, la actualización de pagos realizados en mora y gastos generales por mayor permanencia en obra. El Servicio Nacional de Arquitectura desestimó por disposición las indemnizaciones pretendidas y, contra ese acto, la actora promovió una acción. El juez de primera instancia rechazó la demanda por considerar que no se había agotado la instancia administrativa, pues la resolución denegatoria no había sido dictada por la autoridad prevista en el art. 30 de la LNPA y, además, consideró que el acto impugnado estaba consentido, al no haber interpuesto la actora la acción dentro del plazo previsto en el art. 25 de dicha ley. La Cámara revocó ese fallo, y sostuvo que el objeto de la pretensión no era impugnar un acto administrativo, sino el reclamo de un crédito proveniente de un contrato, por lo cual no era aplicable el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA. La Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo.

contradice lo decidido en el plenario *Petracca*, por cuanto la circunstancia de que la administración haya rechazado el pedido que se le formuló en una cuestión estrictamente patrimonial, no convierte a la resolución en un acto administrativo. La denegatoria de un reclamo por diferencia de certificados de variación de costos, por la mora en el pago de adicionales y por gastos generales originados en una mayor permanencia en obra, no se puede considerar como manifestación de la función administrativa del Estado. Es un acto de claro contenido patrimonial que en modo alguno justifica la aplicación de los plazos de caducidad.