

El nuevo Régimen de Contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo¹

Introducción

Desde unos años atrás, especialmente, ha estallado en nuestro medio una curiosa discusión acerca de la existencia del “contrato administrativo” como categoría jurídica autónoma, distinta de la categoría correspondiente al contrato de derecho privado.

La discusión es curiosa porque se trata de un tema que ya debería haber sido superado. No es posible desconocer, en nuestro ordenamiento, que existen figuras típicas de contratos administrativos, que existen regulaciones generales aplicables a todos ellos y aún a los contratos que no se ajusten a una tipicidad definida, tal como lo establece, si bien con defectuosa técnica, nuestro nuevo “Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/01². Este, en su Artículo 4°, realiza una enumeración omnicomprensiva de los contratos sometidos a su régimen, tanto que, como lo dispone en su apartado a), el mismo alcanza a “todos aquellos contratos no excluidos expresamente”. Nótese que el régimen general sólo excluye (Art. 5°) a los contratos de “empleo público” (porque tiene una regulación especial); a “las compras de caja chica” (ya veremos que esto ocurre porque no requieren de la emisión de actos administrativos; están sometidos a un procedimiento especial de rendición de cuentas); a los del apartado c) del mismo artículo, esto es “los que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien, total o

Por Rodolfo Carlos Barra

¹ En base a la conferencia brindada en *Jornada: “Temas de Actualidad en el Derecho Administrativo”*. *Los 10 años del Master en Derecho Administrativo (MDA)*. Buenos Aires, Universidad Austral, septiembre de 2001.

² B.O., 16-08-01.

parcialmente, con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente régimen cuando ello así se establezca y de las facultades de fiscalización sobre este tipo de contratos que la Ley N° 24.156 confiere a los Organismos de Control” y los “comprendidos en operaciones de crédito público”, todos los cuales tienen también regímenes especiales. Pero, observemos, no es que no se trate de contratos administrativos, que lo son, sino que tienen una regulación legal específica que los excluye del régimen del decreto delegado, sin perjuicio de su aplicación analógica o supletoria, cuando así corresponda.

Así entonces, y sin perjuicio de aquellos casos con regímenes propios, todos los contratos que celebre la Administración Nacional, centralizada y descentralizada, son administrativos, en cuanto se encuentran alcanzados por el Régimen de Contrataciones. Este ámbito subjetivo –estrictamente lógico, ya que expresa en definitiva la redundante afirmación de que los contratos de la Administración y de las Administraciones públicas son administrativos– puede reconocer también excepciones. Así el Artículo 2° del decreto delegado deja fuera de su alcance a los contratos del sector público empresario, sobre lo que luego haremos algún comentario.

El Régimen de Contrataciones que estamos comentando contiene una norma que debemos tratar de armonizar en el juego de los Artículos 4° y 5° antes citados. Establece en la parte final del Artículo 1° lo siguiente: “Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”. Es posible interpretar que este sometimiento a un “régimen de derecho privado” sólo puede ocurrir en los casos del Artículo 5° cuando así surja expresamente del propio contrato o de sus antecedentes, es decir cuando, en esos tipos contractuales, resulte indudable la intención de la Administración de someterse a un régimen de derecho privado.

Se trata, evidentemente, de un error del decreto delegado, producto de la anacrónica aceptación de la categoría de “contratos privados de la Administración”, tan difíciles de encontrar en la práctica. En definitiva todos los contratos, no ya de las Administraciones públicas sino de todo el Estado, se encuentran alcanzados por normas de derecho administrativo: en su habilitación presupuestaria, con efectos sobre la validez misma del contrato –¿acaso algún ente u órgano estatal podría contratar válidamente sin contar con la pertinente autorización presupuestaria?–; en su procedimiento de formación, que incluye la selección del contratista –¿qué funcionario se atrevería a contratar sin seguir un procedimiento selectivo?–; en su sistema de control resultante de la Ley de

Administración Financiera, integrado por los siguientes sistemas interrelacionados: presupuestario; de crédito público; de tesorería; de contabilidad, aplicables a todo el sector público (Arts. 5° y 8° de la Ley N° 24.156) y en la prerrogativa estatal más determinante: la variación del precio convenido.

El contrato administrativo se encuentra sujeto a la situación presupuestaria, generada por la eventual reducción de los créditos en las denominadas “cuotas de compromiso” y según la relación entre gastos operativos y recursos, tal como lo dispone el recientemente reformado Artículo 34 de la Ley de Administración Financiera, norma que se aplica a todo el Sector Público Nacional (lo que incluye a las empresas de propiedad estatal) y que además es de orden público. Nótese que esta no constituye una norma de emergencia, sino una norma permanente de la denominada “administración financiera” o del “régimen de las finanzas públicas” que incide sobre el ejercicio financiero del período y por tanto sobre la ejecución de cualquier presupuesto anual y sus correspondientes rendiciones de las “cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”, según la terminología que emplea el Artículo 85 de la Constitución Nacional. Naturalmente el contratista no se encontrará obligado a aceptar esta reducción, pero en tal caso su contrato podrá ser revocado por razones de oportunidad, sin indemnización por lucro cesante (Art. 11 de la Ley N° 25.453 que remite al Art. 26 de la Ley N° 25.344). De todas formas, para todos los contratos alcanzados por el “Régimen de Contrataciones”, se mantiene la prerrogativa revocatoria por razones de oportunidad sin indemnización por lucro cesante (Art. 12, inc. a) del decreto delegado).

¿Son estos contratos de derecho privado? ¿Pueden ser así calificados? Podría decirse que se trata de contratos de derecho privado a los que se le insertan estas normas. Parece un caso de “manipulación genética” en el mundo del derecho. La producción de una “quimera”, como un mono con patas de elefante y cabeza de caballo, que además ladra. Difícilmente podría ser calificado como mono.³

I. La sustancia de las cosas

Debemos preguntarnos acerca de la razón por la cual los contratos de las Administraciones públicas se encuen-

³ Según el Diccionario de la Real Academia Española, la “quimera” es un “monstruo imaginario que, según la fábula, vomitaba llamas y tenía cabeza de león, vientre de cabra y cola de dragón”; y figuradamente, se dice de lo que se propone a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo.

tran sometidos a un régimen de derecho administrativo, y qué significa, qué efectos produce, tal sometimiento.

¿Se trata sólo de un problema de redacción –evito emplear la expresión “régimen”, por ahora– de la ley? ¿Una elección caprichosa, de oportunidad, de conveniencia del legislador?

Podemos afirmar la sustantividad del contrato administrativo, como así también, naturalmente, la sustantividad de la relación jurídica administrativa, de la cual el primero es sólo una especie.

Estamos haciendo referencia a la sustancia, es decir, lo que permanece por debajo de las cualidades accidentales. También, si adoptamos una postura sistémica, podemos considerar la relación jurídica como un sistema que sólo podemos comprender conociendo su idea rectora. La sustancia es, a estos efectos, la idea rectora del sistema o su ser universal, lo que existe independientemente de sus modos de existir.

Veamos cuál es esta “idea rectora”.

Toda relación jurídica supone –y está orientada a– el intercambio o adjudicación de bienes. El hecho ilícito, por ejemplo, genera una relación jurídica entre víctima y autor o responsable porque genera la obligación de reparar. Hay una suerte de intercambio entre el bien traído por el daño y la indemnización adeudada. Lo mismo ocurre con las relaciones generadas por las normas jurídicas estatales, o por la costumbre, o por el derecho natural. Estas dan vida a una obligación, a una relación de acreedor y deudor. También los actos gratuitos y unilaterales, que obligan al cumplimiento de la obligación comprometida.

Naturalmente la fuente más numerosa de relaciones jurídicas se encuentra en el consentimiento bilateral de las partes, donde se produce un intercambio de bienes propiamente dicho.

Pero siempre estamos realizando adjudicaciones de bienes. Pensando en los que tienen un valor económico, ya sea en dinero o por sustitución física; las relaciones jurídicas son medios para adjudicar los bienes existentes en la sociedad.

Todos los bienes, por lo menos así lo enseña la Doctrina Social de la Iglesia, tienen un origen y un destino común. Sirven para el beneficio de todos y cada uno de los miembros de la comunidad.

Pero estos bienes se poseen de dos maneras: Una individualmente: otra comunitariamente. En los dos casos los bienes tienen un origen y un destino comunitario, pero en el primero aquellos son poseídos de manera individual para asegurar el ámbito de libertad personal, el desarrollo de una personalidad responsable. En el segundo caso, los bienes son poseídos comunitariamente para asegurar la igualdad de las personas, el buen orden de la

vida social y también la libertad esencial de cada uno. En este segundo caso, los bienes comunitarios son directamente poseídos por el órgano rector de la comunidad, es decir, el Estado, cualquiera sea el estadio de su evolución histórica.

El ordenamiento jurídico permite la existencia de, y contiene, un amplio espacio donde los bienes se adjudican conforme con el libre consenso de sus poseedores. Este es el ámbito del mercado, de la libertad negocial, de la norma de creación individual, tan excelentemente definida por Vélez Sarfield en el Artículo 1.197 del Código Civil: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, en definitiva apoyado en la enumeración de derechos contenida en el Artículo 14 y concordantes de la Constitución Nacional. Aquí, en este ámbito, el sector del ordenamiento de creación estatal es meramente supletorio, dispositivo, salvo las normas de orden público.

Por las normas de orden público, el Estado orienta o fuerza a los individuos para que, con sus bienes, realicen la adjudicación más conveniente para el bien común. El Estado –siempre estamos considerando un sistema capitalista, democrático y subsidiario– considera que la mejor adjudicación es la que resulta del libre juego del mercado, de la libertad consensual. Sin embargo, excepcionalmente decide que, aún sobre los bienes poseídos individualmente, un cierto tipo de adjudicación es el conveniente para el bien común o, al revés, que cierto tipo de adjudicaciones son negativas o perjudiciales para el bien común. En el primer caso, el Estado impone regulaciones positivas, tan comunes en materia de regulación económica; en el segundo el Estado impone regulaciones negativas, de policía.

En general podemos afirmar, con el Artículo 953 del Código Civil, que todo lo que no está expresa, clara y restrictivamente interpretado, prohibido, se encuentra permitido. Es la regla de la libertad, de la subsidiariedad y del mercado. En cambio, ironizaba Curzio Malaparte en “*La Pelle*”, en el Estado totalitario todo lo que no está prohibido es obligatorio.

Este es el ámbito de la justicia conmutativa, regida por normas supletorias y dispositivas que, en nuestra tradición jurídica occidental, se denominan “de derecho privado”.

Las relaciones jurídicas que se establecen en este campo se denominan relaciones de derecho privado. Su sustancia o idea rectora es la libertad negocial que subsiste, aunque limitada, aún en los casos en que el Estado fuerza algunos de los contenidos de la relación a través de normas de orden público, porque la limitación siempre será excepcional, referida a lo estrictamente prohibido, o a lo estrictamente mandado. Los derechos se ejercen conforme a las leyes que reglamenten ese ejercicio, pero

sin alterarlos, de acuerdo lo dispone el Artículo 28 de la Constitución Nacional. La relación jurídica privada abarca, en síntesis, adjudicaciones voluntarias, consensuadas, de bienes confiados a la propiedad individual o privada, sin perjuicio de que, excepcionalmente, la adjudicación se encuentre impuesta por la ley de orden público como una manera de distribuir los bienes sin afectar totalmente al derecho de propiedad. O bien a través de otras normas que, sin ser de orden público, por su propio ámbito de aplicación no son susceptibles de renuncia anticipada en su aplicación primaria. Así por ejemplo, el Artículo 1.113 del Código Civil importa una forma de distribución que compara el beneficio que obtiene el principal con el trabajo de las personas o con el producido de las cosas de que se sirve, con el daño que aquellos dependientes o cosas productivas provocan en terceros.

Pero en el caso de los bienes poseídos comunitariamente, que son todos aquellos administrados por el Estado –que por ser órgano rector (principio ordenador) y no parte integrante de la sociedad (sólo lo somos las personas, actuando individualmente o asociadas) no posee bienes propios o particulares, es decir, bienes de parte– la situación es muy distinta.

Aquí no hay adjudicaciones estrictamente libres, ya que si el Estado adjudica –él es parte en la relación jurídica– debe hacerlo guardando una cierta proporción entre las partes del todo social, ya que lo que entregue de más a una, de menos lo está haciendo con respecto a otra, y viceversa. La otra parte, la perjudicada, tiene “derecho” a que la adjudicación (ya que se trata de bienes comunes) se realice conforme a reglas, destinadas a asegurar el regular y justo criterio de distribución. Porque en este caso se está realizando una distribución de los bienes comunes poseídos por el Estado, precisa y solamente para ser distribuidos; distribución que se encuentra sujeta a normas heterónomas a la relación (no es posible aplicar la regla del Artículo 1.197 del Código Civil) que son imperativas y/o dispositivas, directas y no supletorias. Son normas de derecho público, y las relaciones jurídicas a ellas sometidas son relaciones de derecho público. Cuando se establecen en ejercicio de la función administrativa, son relaciones de derecho administrativo, regidas por la justicia distributiva.

La sustancia o idea rectora en estos casos es la distribución o adjudicación proporcional, comparativa, e imperativa, de los bienes comunes. Aquí no existe libertad negocial, estamos fuera del mercado. El derecho privado es el derecho del mercado. El derecho público es el derecho fuera del mercado, incluso para asegurar el funcionamiento del mercado.

Los distintos ordenamientos jurídicos pueden establecer regulaciones jurídicas diferentes en cada una de esos

dos grande subsistemas (público y privado) pero siempre, en cada ley, en cada código, en la jurisprudencia, podremos descubrir las correspondientes ideas rectoras, como así también podremos descubrirlas en las relaciones jurídicas concretas. Es verdad que, en ciertos casos, la norma, una norma concreta, puede ser desacertada, infiel a la sustancia. Pero siempre el sistema, globalmente considerado, responderá a los criterios antes expuestos, que resultan de una necesidad natural, una especie de fuerza determinante que rige la actuación del Estado con respecto a la adjudicación de los bienes sociales, por lo menos en las economías capitalistas. Por esta razón hoy está casi de moda (lo que yo pude ya subrayar veinte años atrás, y, todavía antes, Ariño Ortiz en España) destacar los puntos de coincidencia entre derechos administrativos aparentemente tan diferentes a los europeos continentales, como los anglosajones. Incluso en materia de los contratos gubernamentales, como los llaman ellos. No hay diferencias esenciales, de sustancia, ya que sustancialmente, todos responden a la misma matriz, cualquiera sean los accidentes de regulación positiva.

II. El acto administrativo en el corazón del sistema

La gran mayoría de estas adjudicaciones distributivas la Administración las realiza tomando decisiones que, también en la gran mayoría de los casos, dan lugar a relaciones jurídicas.

En el corazón de estas decisiones se encuentra el acto administrativo en sus distintas especies, incluso aquella de alcance general o reglamento.

El acto administrativo es la expresión jurídica más acabada de la ausencia de libertad negocial en su emisor. Debemos advertir que el acto administrativo, para ser válido, debe ser expresión de una estructura predeterminada por la ley, estructura que se encuentra compuesta por los elementos enumerados en el Artículo 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos, los que excluyen la posibilidad misma del ejercicio de la libertad negocial.

Por supuesto que esta no existe en el acto administrativo reglado, pero tampoco en el discrecional. Este último también debe contener los elementos del Artículo 7, aún cuando valorados y controlados de diferente manera. Pero debe contenerlos. El acto discrecional dictado por autoridad incompetente se encuentra viciado. También el que resulte de una errónea valoración de los hechos antecedentes o una incorrecta aplicación o absurda invocación de la norma jurídica que lo justifique, o que, para su dictado, no se haya respetado el procedimiento debido, o que no se encuentre suficiente o racionalmente motivado o que sea infiel a la finalidad estable-

cida, o inteligible, en la norma que autoriza su dictado, incluso por la incorrecta utilización de medios.

El acto administrativo es esencialmente un mecanismo distribuidor –adjudicación, reparto, de los bienes comunes–, distribución que el ordenamiento busca garantizar exigiéndole una determinada estructura. Esta se encuentra en todas las decisiones de la Administración que, sin perjuicio del término con que cada ordenamiento lo califique, son actos administrativos, y en su esencia todas las decisiones administrativas son actos administrativos. Si nos dedicamos a estudiar, por ejemplo, las técnicas de control empleadas por la jurisprudencia norteamericana con relación a actos o regulaciones, veremos que analizan los mismos elementos, aunque con nombres diversos. Es que la decisión de una autoridad pública no puede ser diferente, como sería absurdo que se exigiese imperativamente la existencia de estos elementos en los actos jurídicos emanados de particulares.

La relación jurídica administrativa, nacida así de actos administrativos, se sustenta –y por tanto reconoce su sustancia– en esos elementos. Esta es su sustantividad.

III. El contrato administrativo

El Artículo 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos, en su párrafo final, establecía que “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”. A partir de esta norma interpretamos en su momento que los contratos –ya veremos en qué sentido utilizamos esta expresión– también se encontraban alcanzados por las exigencias del mismo Artículo 7 –estructura– como también por otras normas del Título, como la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria.

El Decreto Delegado N° 1.023/01 confirma esta interpretación cuando en su Artículo 36 modifica el párrafo antes citado de la siguiente manera: “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”.

Actualmente la norma se aplica para los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades que conforman el “Sector Público Nacional”, en el sentido amplio que lo define la Ley de Administración Financiera.

La norma no excluye la aplicación de “leyes especiales”, de los entes y de jurisdicciones del S.P.N. o de los tipos contractuales específicos, pero igualmente el Título III de la L.P.A., según su nuevo Artículo 7, es de aplicación

“directa” (ya no analógica) en lo que fuere pertinente. Si recorremos el articulado de este Título III veremos que, en principio, todas sus normas son de pertinente aplicación.

Esta disposición del decreto delegado tiene su propia lógica sistémica. Afirma:

1) Que todo contrato es un procedimiento. No existe el contrato administrativo, sino el procedimiento contractual administrativo –tal como resulta de su Artículo 2 : “El presente régimen será de aplicación 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”– dado que el Régimen aprobado se aplica tanto a la etapa genética como a la de ejecución del contrato. Así lo dispone el último párrafo del Artículo 3, y del Artículo 19, como también el Artículo 11, que enumera actos de la etapa genética, y otros de la etapa de ejecución, o el 12 que se refiere a prerrogativas utilizables especialmente durante la última de las dos etapas;

2) Que el contrato se encuentra integrado por actos administrativos, enumerados de manera meramente enunciativa por el Artículo 11. Detengámonos aquí un momento. Yo enuncié esta teoría hace doce años atrás. Luego la aceptó la Corte Suprema en el caso “Serra, Fernando Horacio y otros c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁴. En el procedimiento general contractual se emiten actos administrativos que se coligan entre sí, transmitiendo, entre actos antecedentes y consecuentes, todos o algunos de sus elementos, de manera que podemos afirmar que el contrato administrativo es un complejo de actos coligados, donde la emisión del documento unilateral o bilateral que llamamos “contrato” no señala otra cosa que el punto de arranque de las obligaciones específicamente contractuales (ver Art. 20), consagrando a un contratista específico (en la secuencia de oferentes, adjudicatario y contratista, como figuras subjetivas) pero que no impide que el régimen propio de la relación contractual (no sólo sus criterios de interpretación) se encuentre también integrado por los actos emitidos durante el procedimiento genético, en la medida en que estos trasladen sus elementos –alguno de ellos– a los actos de la etapa de ejecución, lo que debería ser una cuestión de consideración muy especial para los casos de renegociación del contrato. Podemos decir también que el contrato administrativo es el resultante de los actos administrativos contractuales, que el decreto delegado enuncia en su Artículo 11: “Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el Artículo 7 de la

⁴ C.S.J.N., Fallos: 316:2.454.

Ley N 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario: a) La convocatoria y la elección del procedimiento de selección. b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. c) La declaración de que el llamado hubiere resultado desierto o fracasado. d) La preselección de los oferentes en la licitación con etapa múltiple. e) La aplicación de penalidades y sanciones a los oferentes o cocontratantes. f) La aprobación del procedimiento de selección y la adjudicación. g) La determinación de dejar sin efecto el procedimiento. h) La revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación. i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato.

Esos actos se encuentran sometidos a lo establecido por el Artículo 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos, gozan de los caracteres de su Artículo 12, es decir, son verdaderos actos administrativos, y no "quimeras"; no son ni monstruos imaginarios, ni falsas propuestas a la imaginación presentadas como verdaderas.

Los Artículos 12 y 13 del decreto delegado muestran el funcionamiento de la relación jurídica administrativa contractual. En definitiva, si los analizamos con cierto cuidado, son prerrogativas estatales que tienden a asegurar la concreción del interés público, de las necesidades presupuestarias, de la distribución de las cargas y beneficios del bien común, como así también de las garantías de los administrados cocontratantes. Notemos que estos elementos forman parte del contenido de la relación jurídica, de cualquier relación jurídica administrativa, especialmente generadoras de prestaciones mutuas y no sólo de las contractuales.

Muchos de aquellos actos contractuales serán discrecionales, algunos serán reglados, pero todos ellos son ajenos a la libertad negocial, al mercado. Por la misma razón la misma relación jurídica contractual es ajena a la libertad negocial, a la regla del mercado, al principio del Artículo 1.197 del Código Civil. ¿Son contratos que contienen "cláusulas exorbitantes" o sometidos a un "régimen exorbitante"? Simplemente son contratos administrativos.

Bajo esta luz quedarán relativizadas las normas del decreto delegado que antes hemos criticado. La parte final de su Artículo 1 parecería querer significar que hay contrataciones de la Administración que no son de "índole administrativa", quedando sometidas a un régimen de derecho privado, si así surgiera de su texto o antecedentes. Si interpretásemos esta norma en un sentido absoluto, dejaríamos en manos del órgano competente la decisión de ubicar al contrato en una u otra rama del ordenamiento, escapando así, de elegir el derecho privado, al régimen de control legal y presupuestario que el derecho administrativo implica. Sin embargo esta inter-

pretación absoluta es imposible, porque todos los contratos del Sector Público se encuentran alcanzados por el nuevo texto del Artículo 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos. La aplicación de norma de derecho privado a ciertos contratos, entonces, sólo será con respecto a específicas e instrumentales o accesorias cláusulas contractuales, pero nunca a su régimen jurídico básico. Lo mismo cabe señalar con relación a la exclusión de las empresas de propiedad estatal. Esta exclusión lo será con relación al decreto delegado, pero no con respecto al Artículo 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos que, por remisión a la Ley de Administración Financiera, expresamente las incluye.

IV. La sustancia y los accidentes regulatorios

Claro que existen diferentes regulaciones, según los ordenamientos jurídicos. Incluso dentro de un mismo ordenamiento nacional, la regulación cambia según los tiempos, las circunstancias, las necesidades, las tradiciones y la evolución de la doctrina jurídica.

En los sistemas europeos resulta claro el reconocimiento de la existencia y sustantividad de la relación jurídica administrativa en general, y de la contractual administrativa en particular. Ocurre esto en Francia y en España. También en Italia, a partir del tratamiento jurídico de los actos coligados al contrato, sin perjuicio de la doble jurisdicción judicial. Y ocurre esto también frente a las exigencias del derecho comunitario, especialmente en lo que respecta al procedimiento genético de los contratos de las autoridades públicas.

Pero también sucede así, sustancialmente, en sistemas aparentemente alejados al nuestro, como el estadounidense.

En una ocasión anterior⁵, por ejemplo, tuve oportunidad de referirme a un caso emblemático, "Lebron v. National Railroad Passenger Corporation"⁶, sentenciado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 21-2-95. Aquí se discutió, recordemos, la aplicación de la Primera y Quinta Enmienda de la Constitución Federal (libertad de expresión y debido proceso) a un contrato de publicidad celebrado por el Sr. Lebron con la empresa, subsidiaria de Amtrak, encargada de administrar la publicidad en la estación ferroviaria de la última en New York. El contrato fue celebrado pero luego no aprobado por Amtrak (esa era su condición) por contener un mensaje explícitamente político opuesto a los "contras" y a la política en su apoyo del Presidente Reagan.

⁵ *El Derecho*, 182, 1.029.

⁶ 513 U.S. 374 (1995).

La Corte partió de considerar si Amtrak, a los efectos del pleito (luego volveremos sobre esto) era una “agencia” del gobierno federal, a pesar de estar constituida como una corporación comercial. Analizando, la finalidad de su creación, su estatuto jurídico, su composición accionaria, su peso sobre el presupuesto federal, la composición de su directorio, su sujeción a las políticas gubernamentales en materia de transporte ferroviario, la Corte, por boca del *Justice Scalia*, decidió que indudablemente era una “agencia” del gobierno federal, y que por tanto se encontraba sometida a las exigencias de la Primera Enmienda, mandado el caso al inferior para su nuevo examen a la luz de estos principios.

Detengámonos aquí. Amtrak puede actuar como una corporación comercial y celebrar contratos regidos por el derecho privado. Pero cuando aparece una cuestión que es *sustancialmente* de derecho público (a los efectos del caso) no puede el caso ser resuelto bajo los principios privatistas (libertad de contratación, autonomía de la voluntad, libertad negocial, reglas del mercado) sino de acuerdo con las normas que regulan el régimen jurídico sustancial del ente (público) y de sus relaciones jurídicas. Y la cuestión en el caso era sustancialmente de derecho público, ya que la facilitación de las instalaciones públicas –lo que ellos denominan “foro público”– para ejercer distintas formas de libertad expresiva, es también un problema de “reparto” o “distribución” de bienes comunes. Y no sólo con relación a la instalación física en sí misma, sino con respecto al derecho constitucional vulnerado, ya que la libertad expresiva es también un bien común en cuanto conjunto de condiciones, asegurado por el Estado, destinado al desarrollo y logro del bien de cada una de las partes comunitarias.

En cambio, no es un foro público – de acuerdo con *Lloyd Corp. v. Tanner*⁷ – un “shopping center” donde se encuentra prohibida la distribución de panfletos en su interior. A pesar de que se trata de un local abierto al público, dijo la Corte, no pierde el carácter de bien privado, mientras que “la Primera y Catorceava Enmienda protegen los derechos de libre expresión y de asamblea limitando la acción estatal, no la acción de un propietario privado que utiliza su propiedad sin discriminación, exclusivamente para propósitos privados”. Notemos la diferencia con el caso anterior: si el bien es privado, sólo rige el requisito de orden público de la no discriminación (en ciertos casos la imposición de conductas positivas como la denominada “acción afirmativa”) de escrutinio judicial más laxo, salvo que el particular actúe por una forma de delegación estatal; si el bien es público, en cambio a la no discriminación se le agrega un escalón

más alto, la igualdad proporcional en el goce de los bienes comunes, en el caso, el bien de la libertad expresiva.

Así tampoco es un foro público, y tampoco discrimina, la asociación de boys scouts que excluye de su seno al instructor adulto que es manifiestamente homosexual, y activista en organizaciones de homosexuales (*Boy Scouts of America v. Dale*⁸), o la entidad organizadora de un desfile que impide que en tal desfile (dedicado a la conmemoración irlandesa de San Patricio) participe una entidad que nuclea a homosexuales irlandeses, con pancartas y señales alusivas a su orgullo irlandés homosexual (*Hurley v. Irish-American Gay Group*⁹) Y no discriminan porque ellos (los organizadores, la entidad de Boy Scouts) gozan de sus propios derechos expresivos (para ellos un bien propio) que no pueden verse agraviado por la transmisión de mensajes ajenos o contradictorios con sus valores.

No solamente pueden encontrarse en los casos jurisprudenciales norteamericanos relativos a los “contratos gubernamentales” estas exigencias de orden constitucional, ajenas a los contratos y relaciones jurídicas privadas, sino también las vinculadas a las que tradicionalmente nosotros denominamos “prerrogativas del derecho privado”, como la facultad de terminación unilateral del contrato, el *ius variandi*, la prerrogativa de control y dirección, la exigencia del procedimiento de selección previa, la sujeción presupuestaria, la competencia del órgano, la limitación a la discrecionalidad del contratante público, una mucho más severa técnica de valoración del elemento causa en las decisiones de la agencia o administración contratante, la prerrogativa de interpretación de los contratos, la jurisdicción especial (“Court of Claims”, en el orden federal, que es un tribunal administrativo de resolución de los conflictos que suceden en los contratos gubernamentales) la firmeza administrativa de las decisiones previas de la agencia contratante, que no pueden ser cuestionadas por la General Accounting Office (nuestra Auditoría General de la Nación) (ver *S&E Contractors v. United States*¹⁰) sin perjuicio de la intervención del órgano de control a otros efectos.

¿Por qué todo esto? Porque se trata de contratos celebrados por un sujeto especial, la autoridad pública, que sólo intercambia bienes comunes, y los intercambia para adjudicarlos de la manera que el ordenamiento quiere. No poseen estas autoridades públicas libertad negocial, no se sumergen en el mercado. Son, aquí, en Europa, en los Estados Unidos, “Administración de legalidad”, con “sujeción positiva a la ley”, según la feliz expresión de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández.

⁸ 530 U.S. 640 (2000).

⁹ 515 U.S. 557 (1995).

¹⁰ 406 U.S. 1 (1972).

⁷ 407 U.S. 551 (1972).