

Contrato viciado por omisión de la licitación pública (a propósito de "Cardiocrp")

Bustelo, Ernesto N.

Publicado en: LA LEY 2007-D , 221

Fallo Comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) ~ 2006/12/27 ~ Cardiocrp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires](#)

Sumario: SUMARIO: I. El caso comentado y sus antecedentes. — II. La sentencia dictada en Cardiocrp. — III. Análisis de los fundamentos expresados por la Corte. — IV. Omisión del trámite licitatorio y legitimación. — V. Consecuencias: normativa aplicable. — VI. El conocimiento del vicio y la procedencia de este tipo de reclamos. — VII. Conclusión.

Voces

I. El caso comentado y sus antecedentes

En estos últimos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de resolver numerosos planteos efectuados por contratistas del Estado, quienes se presentan en sede judicial reclamando el pago de prestaciones cumplidas y no abonadas, invocando como fundamento de tal pretensión, el incumplimiento de un contrato celebrado entre las partes, aunque de manera ilegítima, en razón de no haberse cumplido, en forma previa a contratar, con la exigencia de tramitar el correspondiente procedimiento licitatorio [\(1\)](#).

¿Cuál ha sido la respuesta del Máximo Tribunal frente a este tipo de demandas?

Pues bien, al analizar la procedencia del reclamo por cobro de pesos basado en el incumplimiento contractual de la administración invocado por los cocontratantes particulares, invariablemente ha considerado que no podía ser admitido, manifestando en tal sentido que "cuando la legislación aplicable exige una forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia" y que "no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación" [\(2\)](#).

Al analizar luego la procedencia del reclamo por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, a partir del caso Ingeniería Omega el Máximo Tribunal viene considerando que en los casos concretos sometidos a su resolución no correspondía tampoco condenar al Estado con fundamento en los principios que emanan de dicha teoría, debido a que no se había dado cumplimiento a la carga procesal de invocárselos al ser incoada la demanda y de probar la medida del empobrecimiento, lo cual en caso de condenarse al Estado importaría una grave violación al principio de congruencia y por ende, al artículo 18 de la Constitución Nacional [\(3\)](#).

Sin embargo, al interpretar a contrario sensu los fundamentos utilizados por la Suprema Corte para decidir Ingeniería Omega se desprendería que, en aquellos casos en los cuales se dé efectivo cumplimiento a las aludidas cargas procesales, el reclamo resultaría procedente por aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa, tal como lo ha entendido el Máximo Tribunal en anteriores precedentes (4), así como también Sayagués Laso en el campo doctrinario (5).

En el caso Cardiocorp (6) que motiva estas breves reflexiones, el Alto Tribunal ha dado otro paso importante en la difícil tarea de determinar los efectos concretos que corresponde atribuir a la nulidad provocada por la omisión en llevar a cabo el trámite licitatorio de rigor.

Concretamente, analizó si resultaba procedente condenar al Estado a restituir los insumos entregados por la actora por aplicación de lo establecido por los arts. 1050 y 1052 del Cód. Civil, normas éstas que prescriben, para las relaciones civiles, que la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban con anterioridad al acto anulado, obligando a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del mismo.

Al relevante interés que despierta de por sí esta problemática, se añade el hecho de que la Corte Suprema había entendido en algunos precedentes anteriores que las consecuencias previstas en dichas normas resultaban efectivamente de aplicación en estos casos (7).

En el caso Cardiocorp, la Corte Suprema se vio obligada a analizar estas cuestiones en virtud de que la mayoría de la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, si bien desestimó la demanda entablada por la actora procurando el cobro de los insumos hospitalarios, condenó a la administración a restituir a la actora los insumos medicinales que le había suministrado, fundándose a tales fines en lo dispuesto por los mencionados arts. 1050 y 1052 del Cód. Civil.

Cabe aclarar, a los fines de comprender el iter procesal por el que transitó la causa, que la mencionada sentencia de la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones fue dictada luego de que la Corte Suprema revocara con anterioridad el fallo emitido por la sala D de la misma Cámara, invocando el Alto Tribunal como fundamento de su decisión en aquella primera intervención, precisamente, la doctrina sentada en el caso Ingeniería Omega al cual remitió.

Veamos pues cuál fue la decisión del Alto Tribunal.

II. La sentencia dictada en Cardiocorp

La mayoría del Máximo Tribunal, conformada por los Ministros Petracchi, Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, interpretó que la decisión de la Cámara, en cuanto condenó a la entidad estatal a restituir los insumos a la actora, debía ser revocada, aunque los dos primeros y los dos últimos de los nombrados, sobre la base de distintos fundamentos.

En sintonía con el criterio adoptado en Ingeniería Omega en relación con la necesidad de acreditar el cumplimiento de las cargas procesales imprescindibles para admitir una demanda con fundamento en los principios del enriquecimiento sin causa, es decir, utilizando un argumento de índole estrictamente procesal, los Ministros Petracchi y Lorenzetti fundaron su decisión en que de las facturas presentadas al cobro no surgía cuál había sido el costo de manufactura o adquisición de los bienes suministrados, además de la ganancia del contratista, lo cual impedía establecer la medida de la pérdida experimentada por el mismo, estimando que tal solución resultaba "coherente con lo dispuesto por el art. 1050 del Cód. Civil, pues la restitución de lo percibido en virtud del acto anulado al que se refiere dicho artículo no comprende la ganancia facturada por el contratista"[\(8\)](#).

Como puede observarse, se mantiene la doctrina sentada a partir de Ingeniería Omega al permitirse interpretar, a contrario sensu, que en caso de acreditarse tales extremos, la demanda con fundamento en los principios del enriquecimiento sin causa parecería estimarse procedente.

Por su parte, los jueces Maqueda y Zaffaroni, adhiriendo al dictamen del Procurador Fiscal Subrogante, doctor Ricardo O. Bausset, entendieron que la omisión del trámite licitatorio produciría como consecuencia la "inexistencia" y no simplemente la "nulidad" del contrato ilegítimamente celebrado, lo que impide tener por cumplida la prestación y, por ende, reconocer el derecho de la actora a la restitución de los insumos.

Asimismo, consideraron que, violando el principio de congruencia, la Cámara se había apartado de las pautas sentadas en el precedente Ingeniería Omega, al no haber cumplido la actora con las cargas procesales que impone la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa.

La minoría, con los votos en disidencia de los Ministros Fayt, Highton de Nolasco y Argibay, haciendo uso de las facultades previstas en el art. 280 del C.P.C.C.N., consideró inadmisibles el recurso extraordinario cuyo rechazo motivaba el análisis de la queja por parte de la Corte Suprema.

III. Análisis de los fundamentos expresados por la Corte

Sin perjuicio de destacar que se comparte plenamente la solución final a la que arriba la mayoría de la Corte Suprema en el caso Cardicorp, así como en los precedentes dictados a partir de Ingeniería Omega, ello en tanto se concluye en la improcedencia tanto del reclamo como de la restitución, debe reconocerse que los fundamentos utilizados por el Alto Tribunal para fundar las decisiones adoptadas en estos precedentes, así como la doctrina que de ellos se desprende para casos futuros, generan ciertas dudas.

En efecto, la lectura de estos precedentes motiva al intérprete los siguientes interrogantes: ¿la omisión en tramitar la licitación pública previa es verdaderamente un vicio de "forma" del contrato?, ¿es correcto afirmar que el contrato así celebrado es "inexistente"?, y finalmente, ¿debe admitirse sin más la interpretación, efectuada a

contrario sensu, de que este tipo de reclamos resultaría procedente por aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa si se acredita el cumplimiento de las cargas procesales indicadas por la Corte Suprema en sus sentencias?

III.1. Vicios de forma y de procedimiento

Como hemos dicho, a partir de Ingeniería Omega, la Corte Suprema viene expresando al referirse al vicio que representa el procedimiento licitatorio omitido, que cuando la legislación aplicable exige una "forma" determinada, ésta debe ser respetada pues se trata de un requisito "esencial" de su "existencia".

Indudablemente, la realización del procedimiento licitatorio previo constituye un "requisito esencial de validez" de los contratos que celebra la administración.

Sin embargo, no parece que su omisión pueda considerarse un vicio que afecte la "forma" mediante la cual se "instrumenta" un contrato, tal como lo hace la propia Corte Suprema desde antiguo adoptando un criterio "amplio" del término "forma" comprensivo de los procedimientos previos [\(9\)](#), sino uno de aquellos que afectan el elemento "procedimientos", como lo han postulado Gordillo [\(10\)](#), Hutchinson [\(11\)](#), Sarmiento García [\(12\)](#), Farrando [\(13\)](#) y Gómez Sanchís [\(14\)](#) en el campo doctrinario, en interpretación "restrictiva" del término "forma" que parece encontrar un fuerte apoyo en el terreno normativo.

Ello por cuanto al omitirse dicho procedimiento de selección, no se ha incumplido con cierta "forma" exigida por el orden normativo para instrumentar el acuerdo (por escrito, en escritura pública, en doble ejemplar, etc.), sino que se ha obviado un "trámite sustancial" previo a la emisión y "formalización" de la voluntad administrativa, trámite éste que en tanto requisito esencial de "validez" y no de "prueba de la existencia" del contrato, constituye un vicio en el "procedimiento" que lo torna insanablemente nulo [\(15\)](#).

Y si bien para determinar cuál es el elemento afectado en realidad habrá que estar a lo que establezca cada régimen positivo local, cabe destacar que las distintas leyes de procedimiento administrativo de nuestro país, tal como ocurre por ejemplo con la normativa vigente en el orden nacional [\(16\)](#) y en la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires demandada en el caso Cardiocorp, por lo general distinguen claramente la "forma" del acto del elemento "procedimiento" (o requisitos de la "voluntad previa a la emisión del acto" como la llaman otras normas), indicando con precisión las diferencias que existen entre ambos elementos.

En efecto, siguiendo al pie de la letra lo preceptuado por el artículo 7° inciso d) de la L.N.P.A., el artículo 7° del decreto 1510/97 de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires (Adla, LVII-E, 6165) (ratificado por Resolución de la Legislatura N° 41/98), dispone en su inciso d) que entre los requisitos esenciales del acto administrativo se encuentran los "procedimientos", aclarando con precisión qué es lo que debe entenderse por dicho término, al establecer que antes de la emisión del acto administrativo "deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico".

Por su parte, el artículo 8° de ambos cuerpos normativos disponen, al regular la "forma" del acto administrativo, que el mismo "se manifestará expresamente y por escrito, indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta".

Resulta por lo tanto, cuando menos inconveniente propiciar una exégesis que se aparte de la terminología usualmente adoptada en los textos legales, los cuales distinguen de manera clara el elemento "procedimientos" de aquellos otros requisitos que hacen a la "forma", en criterio legal que evidencia una lógica jurídica impecable [\(17\)](#).

La interpretación que, desde una perspectiva opuesta a la aquí propiciada, efectúa la Corte Suprema se muestra coincidente, cabe destacarlo, con la exégesis propiciada por autorizadas doctrina administrativista nacional que, adoptando un criterio "amplio" respecto del empleo del término "forma", considera que ésta comprende, además de los requisitos a observar para efectuar la declaración, los procedimientos o trámites que resulta necesario cumplir con anterioridad, concomitantemente e incluso con posterioridad al dictado del acto [\(18\)](#).

Esta interpretación "amplia" parece sólo encontrar justificación en la medida en que el artículo 14 de la L.N.P.A., al enumerar los distintos vicios que provocan la nulidad absoluta del acto, omite incluir expresamente como tal al incumplimiento de los "trámites sustanciales previos" ("procedimientos") exigidos por el ordenamiento jurídico, más dicha "omisión", en modo alguno pareciera permitir interpretar válidamente que la falta de un trámite sustancial previo pueda considerarse excluido de la sanción nulificante prevista en el mencionado art. 14.

En efecto, si bien la mención que contiene dicha norma respecto de la "violación a la ley aplicable" en rigor sólo estaría destinada a regular el vicio que se produce ante la contradicción del objeto del acto con una norma de mayor jerarquía, tal como lo explica Mairal [\(19\)](#), lo cierto es que la amplitud de tales términos, así como la necesidad de efectuar una interpretación armónica de las normas en juego, imponen considerar comprendidos en dicha fórmula a todos aquellos vicios que afecten a los elementos esenciales previstos en el art. 7° de la L.N.P.A., entre ellos los procedimientos, y ello aún cuando no encuentran su correlativa sanción en el artículo 14 del mismo cuerpo normativo [\(20\)](#).

Todas estas razones, impedirían ciertamente hacer referencia a que se trata de un "supuesto contrato que de haber sido celebrado no lo habría sido con las formas exigidas por el orden normativo", tal como lo hace el Alto Tribunal a partir de Ingeniería Omega, máxime si se tiene en cuenta, que el acto por el cual la administración resolvió contratar reviste, respecto de las "formas", no así desde luego en cuanto a su contenido, el carácter de instrumento público, razón por la cual, pareciera no existir duda alguna acerca de que el contrato ha sido efectivamente celebrado. Con omisión de un trámite sustancial previo, ciertamente, pero celebrado al fin [\(21\)](#).

III.2. Inexistencia

Lo expresado en el punto anterior posee una importancia decisiva respecto de la prueba de la existencia del contrato invocado como fundamento de la pretensión resarcitoria.

En efecto, la circunstancia de tener que estimarse "probado" el contrato, aunque más no fuese en virtud del carácter de instrumento público que reviste la "forma" mediante la cual se instrumentó el acto que ordenó la contratación, impediría considerar como "inexistente" al contrato celebrado, tal como lo hacen los Ministros Maqueda y Zaffaroni [\(22\)](#).

En el voto concurrente de estos últimos parece asimilarse la omisión del trámite licitatorio al incumplimiento de las denominadas formas ad solemnitatem establecidas por el Código Civil para la celebración de determinados actos jurídicos privados [\(23\)](#), supuesto en el cual la ley considera que el acto no ha quedado "formado" para producir su efecto propio [\(24\)](#).

Esta interpretación que asimila la inobservancia del trámite licitatorio con el incumplimiento de formas ad solemnitatem también se desprende de otras referencias efectuadas en otros precedentes por el Máximo Tribunal, como ocurrió por ejemplo en el caso Punte ya citado, en el cual se afirmó que dicha exégesis, que "se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (arts. 975 y 1191 del Código Civil)" [\(25\)](#).

Pareciera por el contrario más acertado interpretar que nos encontramos en tales supuestos ante un contrato nulo por existir un vicio grave en uno de sus elementos esenciales, razonamiento éste seguido en el caso Cardiocorp en el voto de los Ministros Petracchi y Lorenzetti (aunque, tal como hemos visto, considerando que el vicio es de forma y no del elemento procedimientos), reservando el término "inexistencia" para aquellos casos en los cuales los respectivos regímenes positivos locales prevean expresamente dicha categoría máxima de invalidez o, en su caso, admitiendo la expresión de que "no existe" el contrato o acto administrativo sólo para aquellos casos en que la voluntad de administración verdaderamente no existe aún [\(26\)](#).

El tratamiento que ha recibido el tema en el terreno normativo parece reforzar la razonabilidad de optar por esta exégesis, ya que en el campo de las nulidades administrativas, la categoría de la "inexistencia" por lo general consiste en una mera "calificación jurídica" que se atribuye en algunas leyes de procedimiento administrativo, entre ellas la de Mendoza, a aquellos actos o contratos que se encuentran afectados por los vicios de mayor entidad, más en modo alguno ello implica que la ley considere que "no existan" como tales, sino simplemente, que se les asignan determinadas consecuencias jurídicas.

Dispone así por ejemplo el art. 76 de la ley 3909 de Procedimiento Administrativo de Mendoza, cuya comisión redactora se inspiró en las enseñanzas de Gordillo, que el acto "jurídicamente" inexistente, por adolecer de un vicio grosero, no se considera regular, carece de presunción de legitimidad y ejecutividad, su extinción produce efectos retroactivos y la acción para impugnarlo judicialmente es imprescriptible [\(27\)](#).

Como puede observarse, a los actos que la ley considera "inexistentes", que en realidad "existen" pero están afectados por vicios "groseros", la ley les atribuye la producción de determinados efectos jurídicos, a diferencia de lo que ocurre con aquellos actos que no puede considerarse que "existan" como tales y por ende, que no pueden producir consecuencia jurídica alguna. Sería, por ejemplo, manifiestamente irrazonable prever la impugnabilidad administrativa o judicial de un acto que carece de firma.

Y es precisamente teniendo en cuenta que la categoría de la "inexistencia" está prevista en numerosas leyes locales, que parece aconsejable propiciar que la Corte Suprema reserve el empleo de dicho término, para supuestos similares a los previstos por tales normas, atribuyéndole asimismo las consecuencias jurídicas que por lo general las mismas prevén para estos casos.

Por el contrario, cuando a un acto o contrato le falte por ejemplo la firma, debería expresarse que no existe como tal y ello al sólo efecto de explicitar la razón por la cual carece de virtualidad para producir efectos jurídicos [\(28\)](#).

IV. Omisión del trámite licitatorio y legitimación

Otro argumento que también ha utilizado en algunos casos la Corte Suprema a los fines de rechazar ciertas pretensiones del tipo de las que se vienen analizando, radica en la falta de legitimación que provocaría la inobservancia de las formalidades previas a la contratación.

Así, por ejemplo, en el caso Indicom [\(29\)](#) el Alto Tribunal hizo lugar a una excepción de falta de legitimación sustancial pasiva opuesta por el Estado provincial demandado, argumentando que al no haber acreditado la actora haber cumplido con los presupuestos necesarios para resultar adjudicataria de la contratación llevada a cabo, le resultaba aplicable la doctrina de la Corte según la cual, "la falta de legitimación se configura cuando alguna de las partes no es la titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento" [\(30\)](#).

Por su parte, en el voto suscripto por los Ministros Fayt y Maqueda en el caso Punte ya citado [\(31\)](#), se consideró que del incumplimiento formalidades exigidas por el derecho administrativo local para la formación del contrato se derivaba "que el actor no se encuentra legitimado para iniciar las presentes actuaciones por carecer de un interés jurídico tutelable".

Parece sin embargo, y contrariamente a lo decidido en estos casos, bastante claro que tanto los cocontratantes particulares como el Estado, son titulares y por tanto

legitimados activos y pasivos respectivamente de la relación jurídica sustancial entablada, ello en razón del vínculo que unía a las partes y aún cuando el mismo sea ilegítimo, extremo éste que deberá ser objeto de la correspondiente evaluación y decisión judicial, todo lo cual en definitiva incidirá respecto de las consecuencias que dicha declaración produzca respecto de la pretensión deducida.

Parece reforzar lo expresado precedentemente, la circunstancia de que el propio Estado es quien en realidad debería iniciar en estos casos la pertinente acción de lesividad a los fines de obtener la declaración de nulidad del contrato celebrado ilegítimamente, supuestos éstos en los cuales, nadie dudaría en reconocer al Estado legitimación procesal para deducir dicha acción. Y si la legitimación procesal activa y pasiva "constituyen el anverso y reverso" de lo que se presenta como necesaria consecuencia del papel que han jugado las partes en la relación jurídica sustancial, no parece razonable negarle legitimación procesal al cocontratante particular (aún cuando luego de tramitado el proceso se arribe a la conclusión de que no le asiste derecho alguno) y sí reconocérsela al Estado [\(32\)](#).

V. Consecuencias: normativa aplicable

Cuestión distinta a las analizadas en los puntos anteriores es, por cierto, la referida a las consecuencias jurídicas que corresponde atribuir a un contrato nulo celebrado sin llevar a cabo previamente la licitación pública de rigor.

En efecto, se compartan o no las observaciones efectuadas precedentemente, de todos modos la nulidad del contrato que impide reclamar su "cumplimiento" genera la necesidad de analizar si no existe algún otro título jurídico en base al cual el cocontratante privado pueda reclamar un resarcimiento o la restitución de lo entregado.

A tales fines, se deberá indagar, en primer término, si no existe en el derecho público local una disposición que prevea expresamente una solución para tales casos, supuesto en el cual la cuestión estará resuelta [\(33\)](#).

Si no existe tal disposición, deberá acudir a normas análogas del derecho público o a principios generales del derecho, y sólo recién ante la falta de éstos, podrá, aunque por vía de la analogía, acudir a las normas del Código Civil [\(34\)](#).

A esta altura del análisis, cabe señalar que, además de los argumentos de índole procesal esgrimidos por la Corte Suprema en relación con la necesidad de respetar el principio de congruencia —los que no resultarían aplicables en aquellos casos en que el actor cumpla con sus cargas procesales—, parece existir una razón de peso que conduciría a negar por principio cualquier reparación a quien contrató con el Estado sin demostrar que era el candidato más conveniente a los intereses públicos en un procedimiento previo de selección, salvo casos excepcionales que, como se verá infra, deben ser interpretados restrictivamente.

VI. El conocimiento del vicio y la procedencia de este tipo de reclamos

¿Cuál es la razón que impediría efectuar reconocimientos por aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa, o por otros títulos, a casos como los analizados?

Pues bien, en primer término, debido a que tal como se ha encargado de destacarlo la doctrina y la jurisprudencia, uno de los requisitos elementales que debe acreditar quien invoca la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa, es que no haya existido culpa de su parte (35), extremo éste que, salvo en casos excepcionalísimos, y que deben ser analizados restrictivamente, será casi imposible considerar cumplido, ya que en estos días, no se concibe de qué manera alguien que contrata con el Estado pueda válidamente alegar desconocer (o pretender desconocer) que la contratación debía llevarse a cabo mediante un previo llamado a licitación pública a tales fines. En otras palabras, que desconocía el vicio que afectaba a la contratación dispuesta en tales condiciones, desconocimiento éste que, por tales razones, reviste claramente el carácter de inexcusable.

Tratándose de empresas o de individuos que contratatan frecuentemente con el Estado, el principio propiciado en el párrafo anterior debe actuar con todo su rigor, en tanto a su respecto resulta de entera aplicación la pauta contenida en el artículo 902 del Código Civil, aplicable a estos casos por analogía y en tanto principio general del derecho. Si se tiene en cuenta que la Corte Suprema ha aplicado esta pauta respecto de los oferentes que se presentan en una licitación pública (36), con mayor razón debe considerarse aplicable a quien contrató con el Estado omitiendo dicho procedimiento de selección (37).

Las excepciones a este principio, si es que resulta posible imaginar alguna, deben ser interpretadas, como se ha dicho, con un criterio sumamente restrictivo, debiéndose acreditar fehacientemente y fundar, en su caso, de manera exhaustiva, las razones en que se apoya la decisión de considerar que a quien contrató con el Estado puede relevárselo de la obligación de saber, aunque ello resulte hoy de público conocimiento, que el Estado no puede contratar sin tramitar previamente un procedimiento licitatorio (38).

Esta solución se muestra coincidente con lo sostenido por la doctrina civilista que, atenuando el rigor de la prescripción de volver las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad al acto nulo que contiene el artículo 1050 del Código Civil, señala que ello será así "en cuanto sea posible" y siempre que no prevalezca otro principio de derecho (39).

Justamente, es el incumplimiento de uno de los requisitos elementales exigidos para que resulte de aplicación la teoría del enriquecimiento sin causa, principio general del derecho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado aplicable en el campo del derecho administrativo (40), lo que impide la restitución fundada en dicho instituto: la ausencia de culpa (41).

Esta circunstancia vedaría asimismo la posibilidad de efectuar cualquier tipo de reconocimiento al contratista en concepto de indemnización por el daño sufrido por haber cumplido un contrato manifiestamente nulo, ello tanto respecto de los

funcionarios intervinientes (art. 1112, Cód. Civil) como respecto del Estado, ya que actuaría en tal caso una lógica eximente de la responsabilidad, cual es, también, la culpa imputable a la víctima del daño [\(42\)](#).

Esta solución, lejos de poder considerarse de aquellas que tienden a restringir la responsabilidad estatal, tal la crítica que a menudo se hace a las soluciones propuestas desde el campo del derecho administrativo [\(43\)](#), concuerda con la propiciada por la doctrina civilista al interpretar los alcances de la disposición contenida en el art. 1056 del Cód. Civil.

Dispone esta norma que "los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas".

Explica al respecto Rivera que la "nulidad del negocio es presupuesto de la acción de responsabilidad prevista por el art. 1056; pero no es condición suficiente, sino que deben darse los demás recaudos propios de la responsabilidad civil: ... que sea atribuible a una de las partes del negocio nulo en razón de un factor de atribución..." y que "... el demandante del resarcimiento no haya tenido conocimiento del defecto que invalidaba el negocio..."[\(44\)](#).

Esta solución, cabe destacarlo, ya ha sido receptada por la justicia administrativa de Cámara, habiéndose resuelto en el caso Linser que resultaba improcedente el reclamo del precio no abonado en concepto de indemnización, ya que "cuando un contrato administrativo es ilegítimo no existe derecho a indemnización si ... el contratista estatal conocía el vicio que lo afectaba. Ello así porque, en virtud de la aplicación del principio de buena fe y de la teoría de los actos propios, no resulta posible que quien conocía los graves vicios que afectaban la validez del contrato, pretenda obtener un resarcimiento por incumplimiento. Tal comportamiento implicaría, por parte del actor, invocar su propia torpeza"[\(45\)](#).

Por lo demás, cabe señalar que ninguno de los remedios procesales previstos por el ordenamiento para perseguir el cobro de prestaciones contractuales ya cumplidas y no abonadas, así como tampoco aquellos institutos jurídicos que tienden a procurar restablecer el estado anterior de cosas a la declaración de nulidad de un contrato que se han analizado (ni la vía del reclamo por incumplimiento contractual, ni la teoría del enriquecimiento sin causa, ni una indemnización por daños y perjuicios), pueden servir de herramienta para sortear en los hechos una prohibición expresa del orden normativo, impuesta de manera "sustancial" en beneficio de todos, convalidando judicialmente de ese modo el obrar antijurídico de funcionarios y particulares [\(46\)](#).

Cabe afirmar por lo tanto, y como necesaria consecuencia del razonamiento que se viene efectuando, que aquellas normas locales que prevén para estos casos como de "legítimo abono" el pago a los contratistas, resultan manifiestamente ilegítimas e incluso inconstitucionales [\(47\)](#), lo que así debería ser declarado por los jueces [\(48\)](#).

Podría pensarse que con la solución propuesta no se aleccionaría suficientemente a los funcionarios responsables de tales contrataciones, a la vez que se convalidaría un

verdadero atropello por parte del Estado, pero ello debe descartarse no bien se repare en que la solución propiciada en modo alguno impide hacer efectivas las responsabilidades políticas, penales y administrativas que corresponda afrontar a los funcionarios intervinientes, campos éstos en los cuales sí debería ponerse mayor celo a los fines de lograr sanciones ejemplares [\(49\)](#).

Tampoco debe considerarse que represente una sanción desproporcionada respecto de los cocontratantes privados, ya que resultaría contrario a las más elementales reglas de la lógica jurídica el hecho de reconocer derecho de reparación alguno a quien, conociendo el vicio grosero que conllevaba contratar con el Estado, sin permitir que el resto de los potenciales oferentes participe en la puja y posibilitar lograr de ese modo la propuesta más conveniente a los intereses públicos, pretenda conseguir protección jurídica por las eventuales pérdidas económicas padecidas.

En caso de admitirse reclamos de este tipo, por el contrario, se estaría relegando a las normas que prevén la necesidad de realizar licitaciones públicas, a un mero consejo que podría ser dejado sin efecto por funcionarios y particulares sin mayores consecuencias, lo cual no puede ser admitido por ningún actor jurídico en nuestro país, tan falto por cierto de decisiones ejemplares frente al incumplimiento sistemático y ofensivo de las normas que se produce a diario en todos los ámbitos.

VII. Conclusión

La razonabilidad de la solución aquí propiciada debe analizarse en todos los casos teniendo presente que, en la especie, se encuentran en juego elementales principios de nuestra organización constitucional, tales como el principio de austeridad republicana, la transparencia de los actos de gobierno y de igualdad de todos los habitantes ante los beneficios públicos.

El efecto mediato e indisimulable que se persigue con la solución propiciada en estos comentarios no es otro que imaginar, en un futuro no tan lejano, a funcionarios y contratistas del Estado absteniéndose de contratar sin respetar las normas que imponen la obligación de tramitar una licitación pública en forma previa a celebrar los acuerdos, lo cual debiera ser una necesaria consecuencia de saber que nada podrán reclamar en caso de que el Estado incumpla con sus pagos (sea por la razón que fuera: haber advertido las nuevas autoridades la ilegitimidad de la contratación, cambio de parecer frente a observaciones de los organismos de control, etc.).

En fin, muchos pensarán, con gran parte de razón seguramente, que se trata de una ingenuidad, o acaso de una utopía. Lo cierto es que el camino abierto por la Corte Suprema a partir de las ejemplares sentencias dictadas en los casos Ingeniería Omega y los precedentes posteriores, estimula a soñar con "nuevas ejemplares" decisiones que devuelvan a las normas jurídicas cuya validez nadie osaría poner en discusión, todo el peso que les corresponde tener en un Estado democrático de derecho. Para que éstas dejen, en definitiva, de ser como en nuestros días ... un mero consejo [\(50\)](#).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Cabe aclarar que, al efectuar estas afirmaciones, se parte de la consideración de que la "exigencia" que pesa sobre el Estado de llevar a cabo, en forma previa a contratar, un procedimiento público de selección que garantice la igualdad de trato a los potenciales oferentes, constituye una regla que se deriva de los arts. 16 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, así como también de los tratados internacionales a los cuales el art. 75 inc. 22 C.N. confirió jerarquía constitucional, los cuales invariablemente contienen normas destinadas a reafirmar la obligación de los Estados de dictar normas que aseguren la plena vigencia del mencionado derecho a la igualdad. Esta regla está asimismo expresa y específicamente establecida con jerarquía suprallegal por el art. III.5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción y por la Decisión N° 40/03 (Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur). Ampliar en COMADIRA, Julio R., "La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)", Depalma, Buenos Aires, 2000. Desde una perspectiva opuesta, la libertad de elección a falta de norma expresa que establezca lo contrario ha sido postulada como principio, entre otros, por Marienhoff, Escola, Sayagués Laso y Jèze en el terreno doctrinario y receptado jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación "in re" "Meridiano" (Fallos, 301:292), "Almacenes del Plata" (Fallos, 311:2387) y "Cía. Argentina de Estiba y Almacenaje S.A." (Fallos, 312:2096).

(2) Así lo entendió la Corte Suprema, entre otros, en los casos "Mas Consultores", Fallos, 323:1515 (2000); "Servicios Empresariales Wallabies", Fallos 323:1841; "Ingeniería Omega", Fallos, 323:3924; "Carl Chung Ching Kao", Fallos, 324:3019; "Distribuidora Médica de Elena Kapusi", D.604.XXXV; "Laser Disc", Fallos, 326:3206; "Bit Electrónica", B.3229.XXXVIII; "Magnarelli", Fallos, 326:1280; "Punte", P.238.XXVIII, Fallos, 329; y "Rapel".

(3) CSJN, "Ingeniería Omega", Fallos, 323:3924, especialmente considerandos 10 y 11.

(4) CSJN, "Sociedad Anónima Empresa Constructora F.H. Schmidt c. Provincia de Mendoza s/Cobro de pesos", Fallos, 179:249 (1937); "Prov. de San Juan c. Ángela L. Roccataglia", Fallos, 181:166 (1938); "Consuelo Touceda c. Prov. de Santiago del Estero", Fallos, 192:152 (1942). En el caso Schmidt, cabe destacar, sin embargo, que la demandada se allanó a pagar el valor útil de la obra ya realizada, a la vez que se practicó una pericia que, según palabras de la propia Corte, fijó dicho valor a través de la opinión unánime de los tres peritos nombrados de común acuerdo entre las partes y luego de un "prolijo examen de las obras", razón por la cual, la situación no resulta por completo análoga a la registrada en los precedentes resueltos a partir de Ingeniería Omega.

(5) SAYAGUES LASO, Enrique, "La licitación Pública", Ed. B de f, Buenos Aires, 2005, Texto original de 1940 actualizado por Rubén Flores Dapkevicius y Daniel Hugo Martins, p. 62 (nota 12).

(6) CS, "Cardiocorp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", C.1597.XL, sentencia del 27 de diciembre de 2006.

(7) Se sostuvo en el considerando V del caso "Schmidt" ya citado que la "nulidad del contrato haría volver las cosas en que se encontraban antes de su celebración (art.

1050)" y que de "acuerdo al espíritu de los arts. 1052 y 2309, la Provincia debe reconocer y pagar aquel valor a la empresa". Este fallo, cabe destacarlo, fue suscripto por Repetto, Sagarna, Linares, Nazar Anchorena y Terán. También en el caso "Nación Argentina c. Alou Hermanos" (Fallos, 294:69, sentencia del 19 de febrero de 1976), se ordenó la restitución de las parcelas de terreno que habían sido cedidas a la demandada en virtud del contrato cuya nulidad fuera declarada, resolviéndose asimismo, en la parte dispositiva, que "las demás restituciones a que hubiera lugar (art. 1051 y concordantes del Código Civil)", deberían determinarse de acuerdo a lo establecido en el artículo 165 del CPCCN. Este precedente fue dictado por Bercaitz, Masnatta, Levene (h.) y Ramella.

[\(8\)](#) Considerando 3°.

[\(9\)](#) Así lo hizo entre muchos otros en los casos "Arroll Brothers", Fallos, 97:20; "Schmidt", cit., considerando I; "Nación c. Alou Hemanos", cit., considerando 14; "Meridiano", Fallos, 301:292, considerandos 8° y 9°.

[\(10\)](#) Cfr. GORDILLO, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, t. 3, IX-12 punto 4.5 y en Acto Administrativo, Buenos Aires, 1963, p. 148. En realidad, al respeto por los "procedimientos" (trámites sustanciales previos) Gordillo lo considera incluido dentro de los denominados requisitos "previos" a la emisión de la "voluntad", postura que ha sido seguida por numerosas leyes de procedimiento administrativo de nuestro país, como por ejemplo Mendoza (art. 35, ley 3909), pero no por la nacional que trata en forma separada al elemento "procedimientos" (art. 7, ley 19.549) y a la "forma" (art. 8, ley 19.549) del acto administrativo y no prevé el elemento "voluntad". En realidad, y frente a la opinión de aquellos autores que incluyen a los procedimientos previos dentro de la forma, el mismo Gordillo observa que el "problema" de incluir estos requisitos dentro de la forma es que puedan llevar a quitarles importancia, cuando lo trascendente no es que se prefiera denominarlo forma, formalidad o procedimiento, sino que no por eso se trasmute la nulidad que "en caso de omisión" determina el artículo 14 de la ley 19.549, por una supuesta anulabilidad que no surge de las normas vigentes. GORDILLO, "Tratado...", cit., t. 3, X-2 y 3, nota 1.3 y punto 1. Este peligro, cabe destacarlo, no se presenta en las sentencias dictadas por la Corte Suprema que estamos analizando, ya que en ningún caso se ha dudado que la omisión del trámite licitatorio no genere sino, cuando menos, la nulidad del contrato, llegando incluso, como hemos visto, los Ministros Maqueda y Zaffaroni, a considerarlo inexistente.

[\(11\)](#) HUTCHINSON, Tomás, "Régimen de Procedimientos Administrativos Ley 19.549", ASTREA, Buenos Aires, 1997, p. 90. Más recientemente el autor ha expresado que se trata de requisitos del procedimiento que afectan la competencia. HUTCHINSON, Tomás, "El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato", en Revista de Derecho Público - Contratistas del Estado, 2006-1, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 32.

[\(12\)](#) SARMIENTO GARCIA, Jorge H., "Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza N° 3909", Ediciones AVGVSTVS, Mendoza, 1979, p. 74. Ello al incluir, siguiendo a Gordillo, como vicio de la voluntad previo a la emisión del acto a la omisión de la

licitación pública, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 60 inciso b) de la Ley 3909 de Procedimiento Administrativo de Mendoza.

[\(13\)](#) FARRANDO, Ismael, "Teoría sobre los elementos, vicios y nulidades del acto administrativo", en la obra AA.VV., "Estudios de Derecho Administrativo IX - El Procedimiento Administrativo en la República Argentina", Ed. Diké - Foro de Cuyo, Mendoza, 2003, p. 243.

[\(14\)](#) GOMEZ SANCHIS, Daniel, "Contratos administrativos: versión clásica. Parte II", en Contratos administrativos, AA.VV., FARRANDO, Ismael (Director), Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 419.

[\(15\)](#) Este es, por lo demás, el criterio que parece seguir la Corte Suprema en aquellos casos en que se incumple con otros trámites sustanciales previos a la celebración del contrato, tal como aconteció en el caso Rincón de los Artistas (Fallos, 326:3700, sentencia del 30/09/2003), en el cual consideró que la omisión de haber requerido la intervención de la Administración General de Inmuebles Fiscales que obligatoriamente establecía la normativa constituía un vicio del procedimiento (y además en la competencia). Ver la nota al fallo que efectuó MERTEHIKIAN, Eduardo, "Perfeccionamiento de los contratos administrativos. Procedimiento administrativo contractual y el conocimiento por el interesado del vicio que afecta su celebración, en un fallo reciente de la Corte Suprema", LA LEY, 2004-C, 645.

[\(16\)](#) Ver art. 7 inc. d) y art. 8, L.N.P.A.

[\(17\)](#) En contra, señala Comadira que la tendencia jurisprudencial que venimos analizando ha llevado a que Canda, en una reunión de cátedra, haya planteado que pareciera que debiera reformularse el concepto de contrato administrativo, pues habría que agregar explícitamente en éste la forma. COMADIRA, Julio R., "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", AA.VV., Cassagne, Juan Carlos - Rivero Ysern, Enrique (Directores), Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 641 nota 14. Precisamente el desapego al texto de las normas legales que evidencia la mención que efectúa la Corte Suprema en sus fallos respecto de los procedimientos previos a la emisión de la voluntad administrativa, nos conducen más bien a propiciar el respeto por el razonable criterio adoptado por el legislador.

[\(18\)](#) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. II, p. 305; CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", octava edición actualizada, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. II, ps. 198 y 294; COMADIRA, Julio R., "Procedimientos Administrativos", La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 211. Si bien el recordado profesor Comadira sostuvo que la omisión del trámite licitatorio constituye un vicio de los procedimientos (citando el art. 7 inc. d), L.N.P.A.), invocaba sin embargo además, a los efectos de encuadrar normativamente el vicio que afecta al contrato así celebrado, la norma del art. 14 inc. b de la L.N.P.A. que, según expresaba el autor, considera nulo, de nulidad absoluta e insanable, al acto dictado en violación de las "formas" esenciales. Ver COMADIRA, Julio R., "La licitación pública (naciones, principios, cuestiones)", Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 61 y 103.

[\(19\)](#) MAIRAL, Héctor, "Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia", LA LEY, 1989-C, 1021.

[\(20\)](#) Ver en sentido similar, pero respecto del derecho italiano, CASSESE, Sabino, "Las bases del derecho administrativo", Ed. MAP, Madrid, 1994, trad. esp. de la ed. italiana de 1989, p. 270.

[\(21\)](#) Explica acertadamente Gordillo que la documentación de un acto administrativo en un instrumento público no hace sino a un aspecto probatorio: es la prueba fehaciente de que el acto es auténtico, que fue dictado, pero nada más. GORDILLO, "Tratado...", cit., t. 3, VII-4/5.

[\(22\)](#) En sentido similar al expuesto en este voto concurrente, Canosa también sostiene que la celebración de un contrato administrativo sin la utilización de ningún sistema de selección del contratista particular no puede acarrear la nulidad porque "el acto ni siquiera existe". CANOSA, Armando, "El procedimiento administrativo como elemento del acto administrativo", en AA.VV. "Acto administrativo y reglamento", Ediciones Rap, Buenos Aires, 2002, p. 63.

[\(23\)](#) Es pacífica la doctrina en punto a considerar que no debe incorporarse al derecho administrativo la distinción entre formas ad solemnitatem y ad probationem. MARIENHOFF, Tratado..., cit., T. II, pág. 339; GORDILLO, "Tratado...", cit., t. 3, X-51; CASSAGNE, "Derecho...", cit., p. 200; HUTCHINSON, "Régimen...", cit., p. 92.

[\(24\)](#) Como acontece por ejemplo en el caso de la donación de inmuebles, que está sometida a una forma de este tipo por el artículo 1810 de dicho cuerpo normativo, por lo que en caso de omitirse la forma de la escritura pública prescripta categóricamente, se considera que no hay donación, careciendo el donatario de acción para exigir del donante el otorgamiento del acto bajo la forma legal apropiada. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil, Parte General", t. II, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1993, Decimoquinta edición, p. 393.

[\(25\)](#) Considerando 6°.

[\(26\)](#) Sostiene Cassese, en sentido similar al expuesto, que distinta de la ilegalidad es la inexistencia del acto, citando como ejemplo al acto emanado de un sujeto que no ostenta facultades administrativas, porque, v.gr., carece de la cualidad del órgano administrativo, puede decirse que el acto ha sido adoptado con ausencia de poder (llamada también incompetencia absoluta) y se entiende como no emanado. CASSESE, "Las bases ...", cit., p. 269.

[\(27\)](#) Ver la fuente reconocida de esta norma en GORDILLO, "Tratado...", cit., t. 3, XI-46.

[\(28\)](#) Sostiene Hutchinson que es un error incluir a la firma entre los requisitos de forma, ya que la firma es sencillamente lo esencial para la existencia del acto, no existiendo acto mientras no exista firma. HUTCHINSON, "Régimen...", cit., p. 90. Cfr. COMADIRA, "Régimen...", cit., p. 328.

[\(29\)](#) CSJN, "Indicom S.R.L. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 327:84, sentencia del 10/02/2004.

[\(30\)](#) Considerando 3°, en el que se citan los precedentes "Cebral, Alfonso Enrique c. Provincia de Entre Ríos y otro s/ordinario" (Fallos 310:2944) e Investigaciones Médicas S.A. c. Provincia de San Juan s/cobro de pesos, pronunciamientos del 22 de diciembre de 1998 y 26 de febrero de 2002, respectivamente.

[\(31\)](#) Considerando 7° primer párrafo in fine.

[\(32\)](#) Ver en el mismo sentido las sentencias de Cámara (especialmente considerando 10°) y de la Corte Suprema dictadas en el caso "Schitrato", con nota de BARRA, Carlos, "Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública", LA LEY, 1982-D, 351. En el caso se interpretó que el Estado Nacional debía considerarse legitimado pasivamente en una causa iniciada a raíz de la rescisión ilegítima de un contrato de obra pública celebrado por una cooperadora escolar y un contratista privado, teniendo especialmente en cuenta al resolver, en cuanto nos interesa, que el Estado Nacional se había reservado, de acuerdo a la normativa aplicable a dicha contratación, la facultad de iniciar acciones legales cuando las obras se suspendieran o paralizaran.

[\(33\)](#) Ello siempre y cuando resulte legítima y ajustada al texto constitucional, ya que no pueden considerarse aplicables, por inconstitucionales, las normas vigentes en distintas provincias que reconocen en estos casos el derecho al pago en concepto de "legítimo abono", ello por las razones que se expondrán en el punto siguiente al cual remitimos.

[\(34\)](#) REIRIZ, María Graciela, "Responsabilidad del Estado", en "El Derecho Administrativo Argentino", Hoy, AA.VV., Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 221.

[\(35\)](#) MAZEAUD, Henry, León y Jean, "Derecho Civil", Parte II, Responsabilidad Civil - Los cuasicontratos, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 491.

[\(36\)](#) CSJN, "Vicente Robles S.A.M.C.I.C.I.F. c. Nación Argentina (Servicio Nacional de Parques Nacionales)", Fallos 316:382, considerando 11 del voto de la mayoría. Más recientemente "in re" Provincia de Chubut, c. Centrales Térmicas Patagónicas, Fallos 324:4199.

[\(37\)](#) Se recomienda dar lectura a las aleccionadoras palabras emitidas en sentido similar al expuesto, por el doctor Vocos Conesa, a las cuales adhirió la doctora Mariani de Vidal, al emitir sus votos en el tristemente célebre caso S.A. Organización Coordinadora Argentina c. S.I.D.E. (LA LEY, 2002-E, 391), en referencia al conocimiento que debía tener un cocontratante particular respecto de la ausencia de causa evidenciada por el insólito incremento del precio acordado (858%) con la entidad estatal en relación con el convenido en el anterior contrato que se acababa de vencer, y en el marco del cual se había denegado un reconocimiento por mayores costos del 65% que reclamaba la contratista.

[\(38\)](#) En contra BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, en "El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo", La contratación pública, AA.VV, CASSAGNE, Juan Carlos - RIVERO YSERN, Enrique (Directores), Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 889 y sigtes, sostiene el principio inverso, estimando que la regla general en la materia es la prohibición radical del enriquecimiento sin causa, requiriéndose para que exista una excepción a este principio, el concurso de sólidas razones en contrario, tales como la prueba de que el empobrecido actuó de mala fe, concurriendo deliberada y maliciosamente a la producción del acto viciado del cual se esperaba captar una ventaja indebida.

[\(39\)](#) MOYANO, Juan A., "Las restituciones del art. 1052, Código Civil, no son efectos de la anulación de los actos jurídicos", JA, XLIII, p. 295, n° 9; citado por LLOVERAS DE RESK, María Emilia, en el comentario al artículo 1050 del Código Civil, en la obra Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, BUERES, Alberto (Director) - HIGHTON, Elena I. (Coordinadora), Hammurabi, 1999, p. 393 y 398. Esta autora recuerda asimismo la opinión de Giorgi en el Derecho italiano, quien afirma que "la retroacción no coloca las cosas in statum priorem sino en cuanto sea humanamente posible y conciliable con otros principios de derecho". GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", traducido al español, 1913, vol. VIII, p. 276, n° 179.

[\(40\)](#) CSJN, v.gr. "in re" "Gas del Estado S.E. (en liquidación) c. Transportadora de Gas del Sur S.A. s/Cont. Adm.", Fallos 326:2457, sentencia del 5/8/03.

[\(41\)](#) En la Provincia de Mendoza este criterio ha sido receptado por Asesoría de Gobierno a partir del Dictamen N° 193/04, emitido por el Sr. Asesor de Gobierno, Dr. César Mosso Giannini, con fecha 3 de mayo de 2004, publicado en Revista del Foro de Cuyo N° 62/2004, Ediciones Diké - Foro de Cuyo, p. 311 y sigtes.

[\(42\)](#) Ver por todos ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "Responsabilidad del Estado en el procedimiento de selección del contratista", Revista de Derecho Público, 2006-1, Contratistas del Estado. Procedimientos de selección, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 237.

[\(43\)](#) Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La prescripción de la acción por indemnización derivada de la actividad extracontractual lícita del Estado ¿responsabilidad o expropiación?, JA 1988-II-30, tal como lo ponemos de resalto en BUSTELO, Ernesto N., "Responsabilidad de los entes reguladores", en Servicios Públicos y organismos de control, AA.VV., PEREZ HUALDE, Alejandro (Director), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 275 nota 73.

[\(44\)](#) RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil, Parte General", Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, tercera edición actualizada, t. II, p. 921.

[\(45\)](#) CCont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, Lindser, LA LEY, 2003-A, 383.

[\(46\)](#) Se sugiere ver en este sentido las más que aleccionadoras palabras volcadas en este sentido en el antiguo fallo dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de Cuyo

en el caso "Pastor c. Reconstrucción de San Juan" (sent. 1957 publicada en JA, 1957-III-517), traído hasta nuestros días por Mairal (Licitación Pública, pág. 101) y por Comadira ("Licitación ...", cit., p. 105, nota 186.

[\(47\)](#) Recuérdese que, tal como se indicó en la nota 1, la exigencia de tramitar un procedimiento licitatorio previo a efectuar las contrataciones públicas surge, a mi juicio, en nuestro país, de disposiciones que poseen jerarquía constitucional, exégesis ésta que ninguna duda admite en aquellas numerosas provincias de nuestro país cuyas constituciones prevén expresamente tal exigencia (v.gr. art. 37, Constitución de Mendoza).

[\(48\)](#) Puede verse un análisis de la situación que exhibe la Provincia de Buenos Aires como consecuencia de la generalización del uso de esta nefasta y nueva "pseudo-institución jurídica" denominada legítimo abono en PULVIRENTI, Orlando D., "El caso de la administración adicta y el síndrome de abstinencia (a raíz de los decretos 787/04, 1344/04, 2698/04 y N° 305/05 de la Provincia de Buenos Aires)", LA LEY, 2005-D, 1217.

[\(49\)](#) Ver y ampliar respecto de la responsabilidad penal que le cabe en estos casos a los funcionarios intervinientes en IVANEGA, Miriam, "Aspectos de la licitación pública", Revista de Derecho Público, 2006-1, Contratistas del Estado. Procedimientos de selección, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 141.

[\(50\)](#) A quien pretenda dar un paso más en el análisis de esta patología "antilicitatoria" en el obrar contractual público, se recomienda dar lectura al ilustrativo artículo que dedica Sánz a las normas que, de manera por demás paradójica, actualmente establecen montos elevadísimos como límite máximo para efectuar contrataciones directas por la causal de "monto menor". GARCIA SANZ, Agustín, "Contratos administrativos, lenguaje y realidad", LA LEY, 2004-C, 1535.