



Universidad
Católica del
Uruguay

La contratación pública en el marco de una teoría general de los contratos. Impulsos y resistencias.

Dra. Alicia Castro Rivera

Tesis final

Tutor: Gonzalo Rivera

Maestría en Derecho, con énfasis en Derecho Civil Contractual

(2da Edición)

Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay

Montevideo, Diciembre 2020

La contratación pública en el marco de una teoría general de los contratos. Impulsos y resistencias.

Dra. Alicia Castro Rivera

Plan del trabajo

I. El problema y las preguntas. Justificación de la investigación.

II. Estado actual del tema de la contratación pública: 1. Una mirada retrospectiva. 2. La escisión: tesis de la sustantividad de la contratación pública. 3. La posible convergencia hacia una teoría común.

III. Marco teórico: Teoría general de los contratos. 1. Teoría general de los contratos y dogmática. 2. Teoría general de los contratos y teoría general del derecho. 3. Las razones para construir una nueva teoría de los contratos. 4. Tres perspectivas distintas. 4.1. Meilán Gil. La experiencia europea: hacia un derecho uniforme de contratos. 4.2. De Cores. Presente y futuro de la teoría general del contrato desde la tradición jesuítica. 4.3. Jiménez Castro. Necesidad de justificación pública del derecho de contratos 5. Síntesis provisional I.

IV. Coincidencias entre contratación pública y privada. 1. Capacidad de contratar. 2. Consentimiento. 3. Objeto. Contenido. 4. Causa. Finalidad.

V. La diferencia en la formación de los contratos en la contratación pública. 1. Selección del cocontratante. 2. Pliegos de condiciones y estipulaciones del contrato.

VI. Tesis de la diferencia sustantiva. Análisis crítico de una objeción persistente. 1. La prerrogativa interpretativa. 2. La prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato. 3. La prerrogativa de dirección y control. 4. La prerrogativa del poder disciplinario. 5. La prerrogativa de rescisión unilateral del contrato. 6. La prerrogativa que impide al contratista privado oponer la excepción de contrato no cumplido. Síntesis provisional II.

VII. Contratación pública y mantenimiento de equilibrio económico-financiero del contrato. Síntesis provisional III.

VIII. Conclusiones

I. El problema y las preguntas. Justificación de la investigación.

En el último tramo de nuestro estudio del derecho contractual se nos planteó el desafío de analizar la contratación pública, entendida como contratación entre sujetos privados y entes estatales. En el abordaje y la discusión del tema surgió como problema hasta qué punto está justificada la diferencia entre contratación privada y contratación pública que plantea la doctrina administrativa.

Esa diferencia va desde la rotunda negativa de la doctrina alemana a aceptar que las instituciones que ejercen poder estatal pudieran obligarse ante los particulares por un vínculo contractual -lo que lleva a crear la figura del Fisco- hasta la creación por la doctrina francesa de inicios del siglo pasado, de la categoría jurídica especial de los “contratos

administrativos” (1). Sin embargo, en la doctrina administrativa comparada y nacional se observa un proceso de discusión interna y progresiva aproximación hacia una teoría general de los contratos aunque persiste la resistencia a identificar esa teoría general con la concepción clásica del contrato construida por la doctrina privatista sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, mantenida sin fisuras hasta las últimas décadas del siglo pasado.

Sin duda, el origen de esa resistencia se encuentra en las teorías políticas y jurídicas sobre la soberanía del poder estatal y su expresión en la actividad administrativa. De hecho, los autores franceses que intentan la primera sistematización del derecho administrativo advierten que el Estado, titular del máximo poder, no sólo actúa mediante “*actos de autoridad*” -como entendían los alemanes- sino también mediante “*actos de gestión*” en los que no ejerce *poder de imperium* sino que negocia con sujetos privados, asumiendo obligaciones y quedando, ante eventuales controversias, sujeto a la decisión de autoridades judiciales. De inmediato prevaleció el impulso de blindar al interés público y la Administración estatal frente a sus co-contratantes privados y a las decisiones de la justicia ordinaria, llevando los eventuales litigios -por lo menos, algunos importantes- al fuero especial del Consejo de Estado y sustrayéndolos al Poder Judicial (2). Muy pronto, en la primera mitad del siglo XX, los juristas franceses se abocaron a construir una teoría especial para los contratos administrativos, cuyos lineamientos influyeron poderosamente en la doctrina administrativa de varios países apegados a la tradición francesa, como el nuestro (3). Esa teoría dogmática ha condicionado la visión del tema desde mediados del siglo pasado y su tesis de la “*sustantividad*” de los contratos administrativos ha sido defendida tenazmente desde distintas perspectivas y goza aún de cierta adhesión en nuestra doctrina nacional.

Este trabajo se motiva a partir de críticas interesantes, que muestran un problema y suscitan preguntas. A mediados del siglo pasado un autor francés decía que estamos ante

1 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo (1963) La figura del contrato administrativo en *Revista de Administración Pública N°41*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p.99-130, se refiere a trabajos del alemán Otto MEYER y del suizo Zaccaria GIACOMETTI, quienes entienden que el Estado sólo puede mandar y hacerlo unilateralmente por lo que hablar de contrato administrativo constituye una contradicción en los términos *contradictio in adjectio* puesto que el adjetivo “administrativo” no parece ser aplicable al sustantivo “contrato” (p.100).

2 Aunque admitiendo, en principio, la aplicación del derecho civil a tales contratos y conflictos.

3 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo Obra citada, p.103 y 108 menciona a León DUGUIT y Gastón JEZE fundadores de la escuela de Burdeos impulsan la idea de servicio público como eje de la contratación administrativa. LOO GUTIERREZ, Martín (2018) Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Primer semestre 2018, Valparaíso, Chile, p.129-155 ofrece un excelente enfoque crítico de las doctrinas alemana y francesa.

“uno de los capítulos más desesperantes del derecho público” (4) y un pensador excepcionalmente lúcido como E. García de Enterría comentaba que:

“El concepto de «contrato administrativo» es aún un concepto polémico. Y lo es en el más amplio grado, tanto porque se presenta todavía como una peculiaridad de ciertos sistemas positivos frente a otros que rechazan decididamente la figura, como porque incluso en aquellos sistemas jurídicos en que la institución parecía haber ganado definitiva carta de naturaleza, se ha visto recientemente que están prácticamente sin resolver muchos de sus fundamentales problemas, situación que alcanza incluso a poner en cuestión la substantividad misma de la figura, con la posibilidad de reducirla de nuevo a un conjunto de particularidades de régimen respecto de los simples contratos civiles” (5).

Desde entonces hasta ahora el panorama de la contratación pública ha experimentado cambios significativos, cuantitativos y cualitativos. La observación muestra que los contratos que otorgan las instituciones estatales han ido creciendo de modo exponencial, tanto en cantidad como en variedad, y son actualmente el *modus operandi* normal que emplean los gobiernos para realizar muchos de sus proyectos más complejos y costosos. Al mismo tiempo, se incrementa la contratación con empresas extranjeras que actúan en un mercado que hoy es global, con la consiguiente tendencia hacia regulaciones uniformes, en sintonía con nuevos principios y reglas de contratación comercial internacional y con la sujeción regular de casos de controversia a arbitrajes internacionales. También ha ido cambiando el modo en que los juristas de distintas latitudes miran esa actividad contractual y se preguntan por un punto de encuentro entre los diversos regímenes de contratación pública (6).

Tampoco es posible soslayar la distorsión que representan nuevas formas de actuación a las que actualmente acude el “*poder adjudicador*” precisamente para huir de las regulaciones estrictas del derecho administrativo. Me refiero al hecho de la constitución, por instituciones estatales, de entidades según las formas del derecho privado societario, para desarrollar, con capital, total o parcialmente, estatal, diversas actividades bajo el régimen jurídico privatista.

Por otra parte, también la realidad de los contratos de derecho privado en la actualidad nos muestra cambios profundos que han llevado a la doctrina a hablar de una crisis de la figura del contrato o, por lo menos, de fragmentación de la teoría clásica,

4 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Obra citada (1963) p.110. La cita corresponde a LIET VEAUX, George (1956) Jurisprudence en *La Revue Administrative* volumen 9, año 54, Paris, p. 498.

5 GARCIA DE ENTERRIA, E. Obra citada (1963) p.100.

6 MEILAN GIL, José Luis (2016) Un meeting point de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública en *Revista di Direito Administrativo e Constitucional*, año 16, N°63, Belo Horizonte. Disponible www.revistaaec.com

poniendo de manifiesto la urgente necesidad de una revisión radical de sus presupuestos tradicionales.

¿Qué hacer? Sin duda hemos aprendido a convivir con crisis y desafíos de superación que nos exigen proponer mejoras sustantivas. Desde puntos de partida muy diferentes, la contratación privada y la pública han ido evolucionando hacia una creciente convergencia y eso alienta la posibilidad de construir una teoría general unitaria de los contratos, a la que los administrativistas aún oponen reparos. Me pregunto si no habrá llegado el momento de revisar las posturas tradicionales en materia de contratación privada y pública para hacer posible ese proyecto, rompiendo compartimientos estancos como muestra la división tradicional entre contratos civiles y comerciales y también entre contratos privados y públicos.

Es claro que se trata de una tarea difícil, de largo aliento, que requiere discusión entre juristas de las distintas áreas concernidas para alcanzar acuerdos básicos sólidos acerca de los pilares fundamentales para una mejor concepción del contrato que permita encuadrar todos los contratos en un esquema unitario y dar cuenta de las especificidades que justifiquen algunas diferencias de tratamiento.

Percibo que el principal escollo para la incorporación de la contratación pública en una teoría general de la contratación es la *tesis de la sustantividad* de los contratos administrativos, extendida a todos los que interviene una persona estatal como parte. Tal teoría postula que basta la participación de la Administración pública para conferirle, aún sin normas legales o cláusulas contractuales expresas, un conjunto de poderes, prerrogativas o facultades de carácter extraordinario que la colocan en situación de superioridad y le permiten imponer a su contraparte decisiones unilaterales que exorbitan el derecho común de los contratos o, derechamente, desnaturalizan el concepto del contrato, tal como lo concibe la dogmática del derecho privado.

La pregunta que intento responder es si en el estado actual de la cuestión se justifica la tesis de la sustantividad de los contratos otorgados por el poder administrador y para hacerlo, propongo una revisión crítica de los argumentos que la doctrina de derecho público ha planteado como obstáculo insalvable para incorporar la contratación pública a cualquier teoría general de los contratos y también de las versiones moderadas o atenuadas de esa teoría que admiten excepciones tácitas a los principios generales que rigen la contratación.

A mi juicio, el análisis muestra la identidad sustancial entre la contratación privada y a la pública, y para transitar el camino hacia la construcción de una nueva teoría es preciso analizar la relevancia real de las diferencias que se señalan para justificar soluciones distintas a cuestiones idénticas en cada ámbito de la contratación. A vía de ejemplo, en la

contratación pública se niega al cocontratante la posibilidad de oponer a la Administración la excepción de contrato no cumplido y en la contratación privada se rechaza la recomposición del equilibrio contractual cuando en la etapa de cumplimiento del contrato resulte severamente afectado por causas supervinientes. Las soluciones admitidas en cada ámbito son diametralmente opuestas y eso hace evidente la necesidad de examinar si existen razones suficientes para justificar tales diferencias.

Entiendo que la investigación se justifica porque no es admisible tal disparidad de criterios como se sostienen todavía entre nosotros, fruto y resabio de construcciones doctrinarias del derecho francés, seriamente cuestionadas hoy.

Asumo también que las regulaciones normativas deben adaptarse a los cambios en las prácticas reales que tratan de orientar y las teorías deben dar cuenta de los cambios de las prácticas normativas que intentan describir. Creo que haríamos grandes ganancias en ambos aspectos si intentamos poner al día la regulación y el discurso interpretativo.

En ese contexto una teoría tradicional aferrada a una Administración omnipotente que puede servirse de los contratos sin tomar en serio los derechos de su contraparte - porque la doctrina publicista justifica su derecho a imponer su voluntad a ultranza- tiene un efecto distorsionante altamente indeseable para la certeza y el respeto de las normas que posibilita y alienta la actividad contractual

Por último, una aclaración necesaria: el desacuerdo sobre la denominación de la contratación estatal, administrativa o pública no es meramente una cuestión lingüística o de terminología, sino un claro indicio de la perplejidad y de las discrepancias que suscita el tema y de cómo cada nombre refleja el interés de los juristas por cuestiones distintas suscitadas en cada ordenamiento y cada época que, en definitiva, no son más que diferentes recortes del universo de estudio (7).

Por lo que para evitar problemas de lenguaje o de orden conceptual, quiero precisar mi objeto de estudio: siguiendo la propuesta de C. Delpiazzo (8) hablo de "contratación pública" pero debo aclarar que, con esa expresión quiero referirme a todos los contratos en que sea parte una Administración estatal (9). En suma, el universo de contratos que me

7 Junto con la denominación original de "contratos administrativos" de la doctrina francesa, de uso generalizado entre nosotros, también se habla de "contratos de la Administración" (Sayagués Laso) o "contratos con la Administración" (Caumont, de Cores), contratación administrativa o, actualmente "contratación pública" (Delpiazzo).

8 DELPIAZZO, Carlos E. (2011) Transito de la contratación administrativa a la contratación pública en AAVV *Nuevos aspectos de la relaciones administrativas. En homenaje al Profesor Emerito Aníbal J. Cagnoni*. Semana académica del Instituto de Derecho Administrativo (octubre 2010), Montevideo, FCU p.337-352; (2015) ¿Contratación administrativa, estatal o pública? en *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, tomo I. DELPIAZZO, C.E. Coordinador, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.13-35.

9 Ley N° 15.903 de 10.11.1987 art.482.

interesa explorar es amplio y diverso pero su rasgo definitorio es que, en todos ellos, una de las partes contratantes es una Administración estatal y la otra una persona jurídica de derecho privado ⁽¹⁰⁾. Entiendo por Administración cualquier institución que integra el Estado en sentido amplio, toda vez que actúa en ejercicio de función administrativa ⁽¹¹⁾. Opto así por un criterio orgánico, siguiendo la tradición según la cual el sujeto de la contratación administrativa, estatal o pública ha sido “*siempre una Administración, entendida como un órgano ... estatal actuando en función administrativa*” ⁽¹²⁾.

Quizás deba aclarar también que, aunque se usen en forma indistinta, derecho privado y derecho común no significan lo mismo, como tampoco derecho privado es sinónimo de derecho civil. Sin embargo, hasta hoy si hablamos de derecho general de los contratos nos estamos refiriendo a los desarrollos del derecho privado y, en particular, del derecho civil ⁽¹³⁾.

II. Estado actual del tema de la contratación pública

1. Una mirada retrospectiva

En grandes líneas puede convenirse que, desde el Código de Napoleón en adelante, el derecho privado ha reconocido como principio fundamental en materia contractual, la autonomía de la voluntad: confiere a los sujetos capaces la mayor libertad para establecer condiciones y reglas para sus intercambios, limitando al mínimo las restricciones heterónomas y, bajo la consigna básica de *pacta sunt servanda*, les asegura pleno respaldo jurídico a los acuerdos a que arriben. Se asume que cada uno promueve sus intereses y debe poder hacerlo dentro del marco de exigencias y garantías que el orden jurídico asegura. De ahí las exigencias para la validez de los contratos y la consecuencia de que, legalmente otorgados, tienen efecto vinculante y obligan “*como la ley misma*” por lo que su suerte no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes. En la misma línea se regula

10 DURAN MARTINEZ, Augusto (1989) Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de derecho. Mutabilidad del contrato, en *Contratación Administrativa. Curso de graduados 1988*. Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo (AAVV) Montevideo, FCU, p.62 y en DELPIAZZO, Carlos E. y RUOCCO, Graciela (Directores) (2013). *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*, tomo II, Montevideo, La Ley Uruguay, p.1439.

11 Esto incluye los tres Poderes clásicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Corte Electoral, el Tribunal de Cuentas de la República, los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

12 DELPIAZZO, Carlos E. Trabajo citado (2015) ¿Contratación administrativa, estatal o pública?...p.16 y 34. Aquí el autor se inclina por definir la contratación pública rechazando el criterio orgánico y optando por el “funcional” según el cual, en lugar de hablar de contratos otorgados por la Administración, hablaríamos de contratos otorgados por un “*poder adjudicador*” y esa expresión comprendería “*también otras entidades del sector público no estatal o privadas creadas para satisfacer necesidades de interés general*” que, a su entender, “*quedan abarcadas por el régimen positivo de contratación*”. La idea central parece ser el operar empleando fondos públicos.

13 DURAN MARTÍNEZ, Augusto. Trabajo citado (1989) Ejecución... p.61.

el incumplimiento contractual y los derechos de la parte perjudicada por la falta de cumplimiento imputable a su contraparte.

En la contratación pública, si bien el derecho comparado muestra variantes -en Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, entre otros- en los países latinos que hemos seguido la tradición francesa, el enfoque ha sido totalmente otro. La investigación de E. García de Enterría, muestra que la singularidad de los contratos administrativos se origina en Francia *“exclusivamente como una singularidad del régimen jurisdiccional”* y recién a comienzos del siglo XX, con una serie de fallos célebres del Consejo de Estado, la doctrina ensaya construir la *teoría de la sustantividad de los contratos administrativos* en torno a la idea de *servicio público* acuñada por la escuela de Burdeos, con Leon Duguit y Gaston Jeze ⁽¹⁴⁾. Se produce así una *“sustitución del criterio estructural actos de autoridad-actos de gestión como criterio central de delimitación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa por el criterio sustancial del servicio público”* ⁽¹⁵⁾.

Entre nosotros, siempre se ha asumido que la Administración sirve al interés general o al bien común y, para algunos cometidos, resulta más ventajoso que, en lugar de realizarlos directamente, contrate con un particular que se encargue de ellos a cambio de un beneficio razonable. El foco aparece puesto en el interés público y en la autoridad institucional que inviste quien tiene la calidad de gestor de ese interés, por lo que se suele afirmar que las partes no están en situación de igualdad porque el interés público tiene prioridad sobre el interés particular. Como dice gráficamente A. Durán Martínez, los contratos privados son entre iguales, los contratos con la Administración son los *“contratos de la desigualdad”* ⁽¹⁶⁾.

Como consecuencia, durante buena parte del siglo XX, nuestra doctrina ha sostenido que la Administración tiene en los contratos que otorga con particulares, una posición de privilegio que implica poderes, facultades o prerrogativas exorbitantes del derecho común, entendiendo por tal, el derecho privado de los contratos. Entre nosotros Aparicio Méndez

14 GARCIA DE ENTERRIA, trabajo citado (1963) p.103. De acuerdo con este autor el equívoco *“lo arrastra el contrato administrativo desde su misma formación histórica institucional... arranca de la fundamental distinción actos de autoridad-actos de gestión, que es la primera sistematización del Derecho administrativo a comienzos del siglo XIX, de la que se deduce que así como hay un tipo de actos (actos de autoridad) en que la Administración obra como titular de poder público y, por tanto, como verdadero sujeto de derecho público, sometido por ende a la jurisdicción contencioso-administrativa, así también, y sin embargo, la Administración cumple ordinariamente actos de gestión, con los cuales opera despojada de su imperium, al mismo nivel de los sujetos privados y en igualdad con ellos, quedando en tal supuesto sometida al Derecho y a la jurisdicción ordinarios”*.

15 GARCIA DE ENTERRIA, trabajo citado (1963) p. 103. Más adelante, nuestro autor explicita que *“Este fundamental «salto dialéctico» es casi la obra personal del administrativista más relevante de esta Escuela del servicio público, Gastón JÉZE; recientemente lo recordaba VEDEL al afirmar de este autor que es «el padre de la teoría de los contratos administrativos, que él ha sacado casi de la nada»* trabajo citado, p.108

16 DURAN MARTINEZ, Augusto. Trabajo citado (1989) Ejecución ... p.63 y (2013) *Tratado jurisprudencial y doctrinario...* tomo II, p.1440.

sostuvo que las diferencias entre la contratación pública y la privada eran tan relevantes que carecía de sentido cualquier intento de aproximarlas. (17)

En suma, nuestra doctrina administrativa admitió casi sin reservas que, en los contratos otorgados por las autoridades públicas para servir fines de interés público, el contratante privado queda sujeto a lo que disponga la Administración en cuanto a la interpretación de lo pactado, su eventual modificación, la dirección y control del cumplimiento, que incluye la imposición de sanciones por no cumplir en la forma esperada y la posible resolución o rescisión unilateral del vínculo contractual. A su vez, ante un posible incumplimiento de la Administración, el particular contratante está impedido de interrumpir el servicio a su cargo y de oponer la excepción de contrato no cumplido. La dogmática administrativa nacional siempre enfocó el vínculo desde la posición de la Administración sin considerarlo desde la perspectiva del contratante privado, y sus enseñanzas han sido particularmente influyentes en los órganos jurisdiccionales, especialmente en la jurisdicción contencioso administrativa de anulación.

Con ese panorama llegamos a mediados del siglo XX que es cuando -a mi juicio- empieza un moderado cambio de perspectiva. (18) El fuerte interés que despertó el estudio de la contratación pública llevó a algunos académicos a revisar el enfoque tradicional y la doctrina empieza a dar cuenta de la progresiva dilución de aquella radical diversidad entre los contratos privados y los contratos otorgados por la Administración pública con privados, así como a admitir la existencia de principios y reglas comunes en el derecho contractual, aplicables a todos los contratos. Va adquiriendo fuerza la idea de un "*derecho general de los contratos*" y de la utilidad de desarrollar una teoría unitaria, aunque insistiendo en no desconocer algunos aspectos especiales, sobre los cuales no necesariamente hay coincidencias (19).

Sin embargo, la influencia de la tesis de la sustantividad no ha desaparecido de los estudios administrativos y persisten quienes sostienen que la Administración goza en el marco contractual, de prerrogativas especiales que le permiten imponer sus decisiones en defensa del interés público, con el único correctivo de que, la correlativa teoría de los actos

17 MENDEZ, Aparicio (1950) *Derecho Administrativo, Primera parte*, tomo III, Montevideo, p.133; (1952) *Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Montevideo, p.117.

18 SAYAGUES LASO, Enrique. (2002) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 8a.ed. Montevideo, p.528, inició un moderado cambio sosteniendo, en la primera edición de su obra, publicada en 1953, que "*la realidad muestra que en todos los vínculos de la Administración rigen el Derecho Público y el Derecho Privado en mayor o menor grado según los casos, no siendo posible establecer el límite donde dejaría de aplicarse uno y comenzaría a regir el otro*".

19 VAZQUEZ, Cristina (2016) La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la Administración en *Revista Derecho y Tribunales* N° 30, junio 2016, p.123. Allí la autora expresa: "*nos parece incuestionable la veracidad contenida en la afirmación de que la división entre contratos administrativos y contratos de derecho privado no se ajusta a la realidad de las cosas*".

administrativos separables, permite al perjudicado impugnar y pedir la anulación de los actos que haya dictado en lesión de sus derechos ⁽²⁰⁾.

2. La escisión: tesis de la sustantividad de la contratación pública

Como he señalado ha prevalecido entre nosotros la interpretación de la doctrina francesa que asigna a la Administración la gestión del interés público y sostiene que se trata de un interés prioritario que debe imponerse siempre sobre el interés privado. De ahí deriva la "sustantividad" propia de los contratos administrativos que justifica reconocer a la Administración, aún sin norma jurídica habilitante, algunos poderes o prerrogativas que nunca tendría un contratante en el marco del derecho privado ⁽²¹⁾. Con ese fundamento, se sostuvo que la Administración tiene la potestad de interpretar unilateralmente el contrato y esa interpretación tiene valor obligatorio para su cocontratante, de modificar unilateralmente sus estipulaciones, de dirigir su cumplimiento, de imponer sanciones al contratista cuando estima que su cumplimiento es insatisfactorio y hasta de rescindir unilateralmente el vínculo, a la vez que no se admite que el cocontratante invoque la excepción de contrato no cumplido para suspender su prestación o paralizar reclamos en su contra.

La idea de base es que la Administración nunca puede estar en situación de igualdad con el particular con quien contrata, sino que éste queda subordinado a ella, dado que, como afirma Dromi, *"al fin económico privado se antepone el fin público y esa desigualdad de propósito es lo que hace que el interés privado esté subordinado al interés público"*. Por lo que *"hacen la esencia de estos contratos"* las cláusulas que confieren facultades exorbitantes a la Administración y tales facultades existen aunque no hayan sido pactadas porque son expresión del poder público que persigue el bien común ⁽²²⁾. En esa línea, el jurista argentino M. Marienhoff enseña que el cocontratante privado queda en una verdadera situación de sujeción respecto a la Administración, por lo que ésta *"puede modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, puede dar directivas a la otra parte; puede incluso por sí y ante sí declarar extinguido el contrato"*. Y aclara que *"trátase de*

20 Según la doctrina francesa *"un acte détachable d'un contrat est un acte administratif unilatéral adopté par la personne publique pour la conclusion d'un contrat ou pour son exécution: si un tel acte ne peut être débattu devant le juge du contrat (juge de plein contentieux), il peut au contraire faire l'objet, par un tiers, d'un recours pour excès de pouvoir"*. La teoría de que hay actos administrativos que, por ser separables de los contratos, aseguran la posibilidad de impugnación y anulación -*actes détacheables*- es la única defensa que la doctrina nacional admite como garantía para los contratantes perjudicados.

21 BERÇAITZ, Miguel Ángel (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2a. edición, Buenos Aires, Depalma; MARIENHOFF, Miguel (1974) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III A, Buenos Aires, Abeledo Perrot; DROMI, Roberto. (1996) *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, p12-19; entre nosotros, PRAT, Julio. (1978) *Derecho Administrativo*, tomo 3, vol.2, Montevideo, Acali, p.300 y sgtes.

22. DROMI, R. Trabajo citado (1996) *Renegociación ...* p.17.

reglas... inherentes a la naturaleza de tales contratos, en los cuales pierde gran parte de su imperio el viejo principio tan invocado en el derecho privado de que es la ley inmutable de las partes” (23).

Aunque actualmente en retroceso, la tesis tiene todavía muchos defensores (24) también entre nosotros (25), donde se ha afirmado que la sustantividad del “contrato de la Administración” exige “reconocer la existencia de un Derecho Administrativo de la contratación con principios y normas específicos, distintos de los del Derecho privado”, por lo que “estimamos que los vacíos dejados por las normas que rigen los contratos del Estado deberán colmarse mediante la aplicación de los principios propios del ordenamiento jurídico administrativo, acudiéndose al Derecho privado únicamente cuando el público no ofrezca solución y exista analogía con la situación regulada por aquél” (26). También ha dejado huella en autores que admitirían algunas “especificidades”, aunque no coincidan en identificarlas ni sobre los límites de sus consecuencias, y se esmeren en enfatizar que existen correctivos para las situaciones en que la Administración incurra en excesos dictando actos autoejecutables ilegítimos que puedan lesionar derechos del cocontratante.

3. La posible convergencia hacia una teoría común.

Pese a que la doctrina administrativa se aplica a destacar lo peculiar y específico en la contratación pública, ha mediado un largo proceso en el cual los especialistas fueron admitiendo que, entre los contratos que otorga la Administración pública y los contratos entre particulares existe *identidad conceptual* y que el contrato es una institución que trasciende la clásica -y, a la vez, difusa- división entre Derecho Público y Derecho Privado. Todos los contratos pertenecen a una misma categoría dentro de la más amplia de los negocios jurídicos y es posible y sería útil construir una teoría general del contrato e identificar principios fundamentales que los regulan, sin perjuicio de reconocer las

23 MARIENHOFF, Miguel (1974) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III A, Buenos Aires, Abeledo Perrot;
24 CASSAGNE, Juan Carlos. (1999) *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot; BARRA, Rodolfo Carlos (2002) El nuevo régimen de contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Número Especial, Buenos Aires, p. 13-19; SOTO KLOSS, Eduardo (1978) La contratación administrativa; un retorno a las fuentes clásicas del contrato, en *Revista de Administración Pública*, N° 86, mayo-agosto, Madrid, p. 569-584. VERGARA BLANCO, Alejandro (2010) *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho común”*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot; LOO GUTIERREZ, Martín (2018) Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Primer semestre 2018, Valparaíso, Chile, p.129-155.

25 VAZQUEZ, Cristina (2017) La interpretación de los contratos de la administración, en *XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Santo Domingo, y en *Revista de Derecho y Tribunales* N° 32, Montevideo, AMF, p.13-43.

26 BARBE DELACROIX, José. (1989) Contratos de la Administración en *Contratación Administrativa*. Curso de Graduados del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo 1988, Montevideo, FCU, p.11-19; VAZQUEZ, Cristina, Trabajo citado (2016) La cuestión de las potestades ...p.109-131

diferencias que sea necesario. De esa manera parecen acortarse las distancias y empieza a vislumbrarse la posibilidad de una perspectiva común.

Con alguna excepción, incluso quienes niegan la identidad sustancial, sostienen que debería aceptarse que a falta de regulación específica expresa, las normas de derecho privado serían las normas análogas a las que, por haber un vacío normativo, corresponde remitirse.

Según J.P. Cajarville es preciso reconocer que todos los contratos integran una misma categoría y eso conduce a aplicar a todos ellos las normas sobre contratos que están en el Código Civil, sea porque son soluciones propias de la teoría general del contrato o porque, ante la inexistencia de reglas especiales para los contratos de la Administración, esas reglas operan como normas subsidiarias ⁽²⁷⁾. A. Durán Martínez sostiene que existe “una esencia universal del contrato” como “acuerdo de voluntades de dos o más partes destinado a producir efectos jurídicos” que hace que, aún estando en el Código Civil, la regulación de aspectos esenciales de los contratos como instituciones comunes al derecho público y privado, sea directamente aplicable, sin necesidad de acudir al argumento de la analogía ⁽²⁸⁾. Invirtiendo la perspectiva, C.E. Delpiazzo enseña que el contrato es el género y existen diversas especies, por lo que deben considerarse las reglas aplicables a todo contrato, desarrolladas por la teoría general y sólo en un segundo orden, las reglas propias de la especie en cuestión ⁽²⁹⁾.

Progresivamente cambia el punto de vista y empieza a verse al contratante privado como un colaborador de la Administración para la realización de fines de interés público por lo que, admitiendo que en todo contrato bilateral la causa para obligarse es la ventaja o provecho que para cada parte representa la prestación a que se obliga su contraparte, se advierte que en la contratación pública el interés público y el interés privado no están en conflicto sino que contribuyen para un resultado útil desde la óptica de ambas partes -fin querido al contratar- y se afirma que su cumplimiento debe ajustarse a la buena fe y la equidad ⁽³⁰⁾.

Desde el lado del Derecho Privado, civil y comercial, se afirman tendencias unificadoras de destacados civilistas nacionales como C. de Cores, R. Gamarra y B. Venturini, quienes sostienen que, aunque la contratación con el Estado y su régimen de

27 CAJARVILLE, Juan Pablo (2008) Sobre contratación de la Administración en *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, 2a edición ampliada, Montevideo, FCU, p.236 y 326.

28 DURAN MARTINEZ, Augusto. Trabajo citado (1989) Ejecución... p.61-62.

29 DELPIAZZO, Carlos E. (1999) *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.10.

30 De ahí la preocupación por preservar el sinalagma funcional ante contingencias que puedan sobrevenir, como modo de conservar el negocio u operación económica que fue intención común y causa del acuerdo.

responsabilidad tenga especialidades derivadas fundamentalmente del carácter público de los cometidos que se procuran de ese modo, *“es indudable que se aplican a la contratación administrativa los principios generales de la teoría del contrato y de la responsabilidad contractual”* (31).

Muy claramente ha dicho de Cores que *“el contrato con la Administración es contrato, igual que el contrato de derecho privado”*. El hecho de que *“la Administración deba orientar su actuación en función del interés general y que para ello acuda a la contratación con privados, no significa que el contrato con la Administración difiera del contrato entre privados”*. En los contratos *“existirá esencialmente oposición de intereses, del mismo modo que en cualquier contrato, ya que es indiscutible que la empresa privada, enfrentada con la Administración, busca obtener un mayor lucro, percibiendo el mayor precio posible por los bienes o servicios que pone a disposición de la Administración, y la Administración busca a su vez maximizar el valor económico de los recursos de los contribuyentes, lo que significa pagar lo menos posible (naturalmente, asegurando la calidad de las prestaciones a cargo del cocontratante), del mismo modo que cualquier contratante particular”* (32).

En suma, concluye que *“el hecho de que la Administración es parte en estos negocios...no justifica el uso de la expresión “contrato administrativo”, como si se tratase de un tipo o especie o subgénero de contrato”* aunque reconoce que *“ello no quita que el Derecho Administrativo regule detalladamente la forma y el procedimiento por el cual la Administración celebra sus contratos, y que los contratos con la Administración presenten algunas especialidades, pero en mi concepto, ellas son, si se me permite, de portada menor, y ciertamente no le quitan la esencia de contrato”*.

En jurisprudencia es clásica la cita en que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, explicitando su posición sobre el asunto, sostiene que *“Devienen perfectamente aplicables al caso, los principios generales de la contratación manejados en la esfera privada, tales como que el contrato es la “ley entre las partes” y el de que los contratos no sólo deben celebrarse, sino también cumplirse de buena fe. Tales principios, en el terreno de la Administración Pública, sólo ceden ante un texto claro, expreso, y desde luego aplicable al caso...”* (33).

31 DE CORES, Carlos, GAMARRA, Raúl y VENTURINI, Beatriz. (2015) *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Incumplimiento de contrato*, tomo I, 2a. edición, Montevideo, La Ley Uruguay, p.36.

32 DE CORES, Carlos (2013) *El equilibrio en los contratos con la Administración en Estudios de Derecho Administrativo N°8, Contratación Administrativa*, Montevideo, La Ley Uruguay, p.667-688.

33 TCA N° 417 de 22.8.1988.

Lo cual hace posible e impostergable el intento de construir un derecho común de los contratos con un sustrato unitario que limite al mínimo las regulaciones específicas para las distintas áreas. Para hacerlo es preciso preguntarse por el marco teórico desde el que podría construirse una teoría general comprensiva de las distintas especies de contratos que nos ofrece en la actualidad la práctica jurídica.

III. Marco teórico: Teoría general de los contratos

1. Teoría general de los contratos y dogmática.

Cuando analizamos lo que los juristas llamamos *teoría general* acerca de determinados institutos -teoría general del contrato, del delito, de los tributos, de las obligaciones u otras del mismo estilo- encontramos algo distinto, mucho más específico, que las teorías generales que acabamos de ver. El uso del término “*teoría*” deviene en estos casos poco significativo porque no queda claro de qué tipo de estudio se trata, ni qué características definen una teoría en ese contexto. Por lo que, para desbrozar un panorama algo confuso, debemos detenernos a analizar en cada caso qué tipo de estudio se está proponiendo.

Normalmente, esas teorías surgen en la actividad intelectual conocida como “dogmática jurídica”. Las teorías dogmáticas -como las mencionadas o similares- son construcciones que hacen los juristas para ayudarse a resolver problemas prácticos. Es un tipo de trabajo que opera sobre los materiales normativos y construye una especie de marco teórico -conceptos, principios, valoraciones- útil para comprenderlos y orientar a quienes deben tomar decisiones para resolver los casos conflictivos que ordinariamente se plantean en la práctica jurídica.

Juristas prácticos y jueces necesitan razones para justificar las decisiones que proponen o que adoptan y esas razones remiten invariablemente a un sistema jurídico que hay que reconstruir, interpretar e integrar sin excluir cierto grado de creación normativa⁽³⁴⁾. Esa cuestión puede volverse acuciante cuando se presentan casos no previstos expresamente en las fuentes, en los materiales o disposiciones dictadas por la autoridad normativa.

Con ese propósito, quienes hacen dogmática hablan con frecuencia de teorías sobre las instituciones jurídicas y el significado es muy variado. A veces se refieren a algo como *descubrir la verdadera naturaleza* de las instituciones jurídicas y se advierte la intención subyacente de determinar lo que tal o cual institución *debe ser* y que su regulación concreta

34 GUASTINI; Riccardo. (2015) Interpretación y construcción jurídica en *Isonomía* N°43, p.11-48.

debe plasmar en normas positivas, para hacer de ella precisamente eso que se entiende que debe ser. Con ese propósito algunos persiguen captar una especie de *esencia metafísica* de las instituciones jurídicas; otros tratan de interpretar *tendencias históricas evolutivas* que se manifiestan en la supervivencia y adaptación a los cambios en cada etapa de la realidad económica y social en que cada una “vive”, en el sentido de que cumple una función que debe ser tenida en cuenta cuando es aplicada. Evitando sesgos metafísicos otras veces se asume que las instituciones jurídicas son conjuntos de normas que pretenden regular las interacciones de la vida económica y social y se formulan hipótesis sobre la función económica y social de las instituciones que interesan -en nuestro caso, los contratos- mirando la realidad económica y social en que surgen, evolucionan y operan sobre las relaciones humanas, sin asignarles un sentido trascendente.

La diferencia entre la dogmática y la teoría general del derecho, radica en que la primera es parte de la práctica jurídica -asume lo que se ha dado en llamar el punto de vista interno- y la segunda es una reflexión sobre esa práctica, que toma la práctica jurídica como objeto de observación o punto de partida de reflexión. Como observa atinadamente F. Jiménez Castro “*existe una diferencia central entre observar casos particulares desde adentro de esa práctica y observar una práctica institucional desde afuera*”. La dogmática “*opera dentro de la práctica institucional del derecho de contratos y justifica decisiones e interpretaciones dentro de esa práctica*”. En cambio, una teoría del derecho “*opera desde afuera y se pregunta por el sentido de la práctica como un sistema de reglas y su justificación moral*” (35).

Lo cierto es que toda teoría dogmática presupone una teoría sobre el derecho que normalmente no se explicita ni analiza críticamente.

La innegable importancia de las teorías de tipo dogmático impone hacer algunas aclaraciones más acerca de la dogmática y de su relación con las teorías del derecho.

Nadie mejor que C. S. Nino para explicar las teorías dogmáticas. La dogmática suele identificarse con un tipo de trabajo académico que nuestros juristas conocen bien y que desde mediados del siglo XIX suelen presentar como “ciencia del derecho”. De modo general, se caracteriza por “*ciertas actitudes ideológicas e ideales racionales respecto del*

35 JIMENEZ CASTRO, Felipe (2017) La teoría del derecho de contra y su relación con la dogmática en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44 N° 2, p. 410.

derecho positivo, por determinadas funciones que cumple en relación a él y por ciertas técnicas de justificación de las soluciones que propone” (36).

La función más relevante, que justifica el alto valor social reconocido a la actividad de los juristas dogmáticos, consiste en reformular los materiales jurídico positivos *“proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas, resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos” (37)*. Las técnicas de justificación que ofrece la dogmática para respaldar las soluciones que propone -que son construcciones con función normativa o, por lo menos, reconstrucciones racionales de carácter normativo- son variadas y van desde la ficción de un *“legislador racional”* -omnisciente, preciso, coherente, omnicomprendivo y justo- hasta apelar a una cierta *“naturaleza”* de las instituciones jurídicas -más o menos metafísica, más o menos fáctica, social- que permite elaboraciones teóricas e inferencia de principios generales o especiales que, a su vez, permiten unificar y sistematizar normas positivas, solucionando los múltiples problemas que presentan los materiales jurídico-positivos considerados *“en bruto”*.

Normalmente esas teorías y esos principios adquieren un alcance que sobrepasa el ámbito más o menos acotado en el cual fueron construidas y *“rinden”* en varias disciplinas. Es más o menos claro que la formulación de teorías de alcance general como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, el pago de lo indebido, el estado de derecho, la relación de trabajo subordinado, entre otras, aunque se presenten como descriptivas de ciertas realidades sociales e instituciones jurídicas, exceden lo descriptivo y adquieren carácter normativo, en cuanto pretenden tener y, de hecho, se les asigna *un campo de referencia mayor que el conjunto de normas particulares reemplazadas por principios generales* y, de ese modo, permiten derivar *“nuevas normas no incluidas en el sistema originario...cubriendo de este modo, posibles lagunas de dicho sistema” (38)*. Más claramente, permiten *“la inferencia de nuevas normas no pertenecientes al derecho legislado”*. Así orientan y justifican las decisiones de intérpretes y jueces.

Como dice Nino *“es esta capacidad de las teorías para permitir derivar tanto normas pertenecientes al sistema legislado como nuevas normas, unida a su apariencia descriptiva, lo que fundamenta su enorme utilidad para la creación de derecho por parte de los juristas*

36. NINO, Carlos Santiago. (1984) *Introducción al análisis del derecho*. 2a. edición ampliada y revisada de Notas de introducción al derecho, Buenos Aires, Astrea, p.321. Esta obra es absolutamente imperdible y, en particular, su análisis de la Ciencia del Derecho Capítulo VI, p.315-347.

37 NINO, Carlos S. Obra citada p.326.

38 NINO, Carlos S. Obra citada p.333.

bajo el ropaje de una explicación del derecho positivo o de la realidad que lo circunda.” No es algo distinto de lo se hace en otras ciencias. (39)

Existe general coincidencia en que nuestra dogmática civilista “*constituye sin duda la principal forma de discurso académico respecto al derecho privado en nuestra cultura jurídica*” (40).

Aunque en las teorías dogmáticas siempre hay tensión entre lo descriptivo y lo prescriptivo, puede haber distintos equilibrios. Mientras que una teoría dogmática puede intentar mayor fidelidad a los textos y ser más descriptiva, otra puede acentuar su perfil innovador y promover directrices de política jurídica, sea propiciando nuevas lecturas de los materiales normativos existentes, como abogando por la modificación de tales materiales normativos. Las primeras son más descriptivas que normativas, en las segundas prevalece lo normativo.

De manera que una teoría general del contrato, aún dogmática, si asume que tras su apariencia descriptiva, está proponiendo una reconstrucción racional de cierta institución con aspiraciones normativas para que permita dar cuenta de nuevos problemas de la práctica jurídica, puede resultar útil para resolver los conflictos que hoy se plantean en el ámbito imperfectamente regulado de la contratación, incluyendo aquella en que entes estatales intervienen como parte. Por lo que indudablemente debería ser bienvenida.

2. Teoría general de los contratos y teoría general del derecho.

Pese a que los juristas usan con frecuencia la expresión “teoría” pocos se han detenido a precisar su significado para que tengamos idea clara de lo que se proponen hacer. En cambio, quienes hacen teoría general del derecho han analizado los variados estudios que se ofrecen bajo aquella denominación y un primer análisis, algo elemental, muestra que existen concepciones distintas acerca de qué es una teoría jurídica y cuál es su relación con la práctica. Básicamente pueden señalarse tres tipos de teorías: las descriptivas, las prescriptivas y las interpretativas.

Las teorías descriptivas se proponen describir la práctica jurídica tal como es en un momento y lugar determinados, sin pretender influir en modo alguno en esa práctica. Quizás un buen ejemplo de esta actitud sea el realismo escandinavo que aparece en la segunda mitad del siglo pasado (41) y tal vez, también algunas corrientes analíticas que se limitan a

39 NINO, Carlos S. Obra citada p. 334-335.

40 JIMENEZ CASTRO, F. Trabajo citado, p.396.

41 ROSS, Alf (1963) *Sobre el derecho y la justicia*, trad.G.Carrió, Buenos Aires, Eudeba. Es traducción de la versión inglesa de 1958. OLIVECRONA, Karl (1959) *El derecho como hecho*, trad. J.Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma. La versión original en alemán e inglés es de 1939.

observar cómo razonan los juristas al trabajar con normas jurídicas ⁽⁴²⁾. Una teoría de este tipo se limitaría a describir lo que ocurre en la práctica real y actual del derecho de contratos, tal como la observa y sólo agregaría comentarios de tipo explicativo.

A las teorías prescriptivas, en cambio, no les interesa describir cómo es la práctica jurídica, sino que aspiran a dirigirla. Muy sencillamente, no les interesa cómo es, sino cómo debería ser, son propuestas de tipo normativo para orientar esa práctica, sea por vía de reinterpretación o de reforma de los materiales normativos. Su propósito es incidir en la creación y en la aplicación del derecho, buscando optimizar algunos valores que consideran que debe realizar. Estos valores pueden variar: proteger la paz, el orden, la seguridad jurídica, procurar el bien común, realizar alguna concepción de justicia en particular, asegurar derechos que se considera fundamentales para la vida humana. Toda teoría prescriptiva entiende que las instituciones jurídicas son instrumentos para lograr fines externos a ellas y lo prioritario es la política jurídica, legislativa o judicial. Todas ellas ven a la dogmática, de manera más o menos explícita, como un instrumento para llevar adelante una actividad interpretativa de las fuentes orientada de acuerdo con ciertas prescripciones derivadas de los valores que impulsan ⁽⁴³⁾.

Con la propuesta de R. Dworkin aparece un tercer tipo, las teorías interpretativas, que median entre lo descriptivo y lo prescriptivo. Su objetivo es procurar una mejor comprensión de la práctica jurídica tomada como punto de partida tal como es y contribuir a su optimización, descubriendo y discutiendo sobre los valores institucionales que la justifican, lo que permite comprenderla, rectificarla y mejorarla en lo que fuera necesario ⁽⁴⁴⁾. Resumiendo mucho, R. Dworkin observa la práctica jurídica y para su comprensión plantea tres etapas sucesivas: una, *preinterpretativa*, que reúne información sobre dicha práctica en su estado actual, incluyendo los materiales normativos, la labor dogmática de los juristas y las decisiones judiciales; una segunda etapa, *interpretativa*, que trata de identificar los valores y principios rectores de esa práctica, que operan como su fundamento y justificación, haciéndola moralmente relevante; y la tercera etapa, *postinterpretativa*, que

42 Serían ejemplos las conocidas teorías de H. Kelsen y H.L.A.Hart. KELSEN, Hans (1979) *Teoría Pura del Derecho*, trad. R.Vernengo, Montevideo, FCU. El original es la versión alemana de 1960. HART, Herbert Lionel Adolphus (2004) *El concepto de derecho*, trad. G.Carrió, 2a.ed.Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot. El original es la versión inglesa de 1961.

43 Por ejemplo, el análisis económico del derecho que impulsa R.Posner tiene aspecto descriptivo pero propósito prescriptivo respecto de las instituciones jurídicas. POSNER, Richard Allen (2007) *El análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica. Edición original en inglés de 1973.

44 DWORKIN, Ronald (2014) *Justicia para Erizos*, Trad. H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, p. 487. En esta última obra el autor explica el interpretativismo diciendo que “sostiene que el derecho incluye no sólo las reglas específicas promulgadas de conformidad con las prácticas aceptadas de la comunidad, sino también los principios que aportan a dichas reglas la mejor justificación moral”.

se propone optimizar dicha práctica, ajustándola decididamente a esos valores y principios identificados a modo de obtener su mejor versión, rectificando los errores o inconsistencias con su justificación ⁽⁴⁵⁾.

Desde luego que esta caracterización de distintas concepciones sobre el significado de una teoría del derecho no implica que los esfuerzos teóricos con que nos encontremos se ajusten estrictamente a los tipos descriptos. Muchos esfuerzos teóricos no se encuadran estrictamente en uno de esos modelos, sino que tienen elementos o abordan también aspectos característicos de otros. Es que *“las nociones de descripción, interpretación y prescripción no deben ser entendidas como categorías mutuamente excluyentes”* ⁽⁴⁶⁾ y, en particular, *“la mayoría de los esfuerzos teóricos en torno al derecho de contratos no se ajusta perfectamente a los límites de una sola categoría... oscila entre la descripción sistematizada de las reglas existentes y la prescripción respecto a la manera en que debe reformarse esta práctica institucional”* ⁽⁴⁷⁾.

Por demás, también existen juristas que intentan hacer teoría jurídica desde otras perspectivas, como -a modo de ejemplo- la investigación histórica de las instituciones jurídicas, iniciada a comienzos del siglo XIX por F. von Savigny y que cuenta hoy con adeptos y continuadores o el análisis económico del derecho actualmente en boga.

3. Las razones para construir una nueva teoría de los contratos

Para descubrir el propósito de los autores que plantean la necesidad de construir una nueva teoría general de los contratos importa ver cuál ha sido el problema que ha suscitado sus reflexiones y desde qué postura teórica buscan una solución.

La institución del contrato tiene una larga historia y, una vez más, hemos de encontrar en el derecho romano el origen remoto de disposiciones aún vigentes ⁽⁴⁸⁾. Como destaca J. Gamarra, la fidelidad de nuestro codificador al derecho romano fue total porque no sólo reglamentamos el contrato como *“negocio con eficacia meramente obligacional”*, conservando la primitiva distinción romana entre título y modos de adquirir, sino que

45 DWORKIN, Ronald (2009) *El Imperio de la Justicia. De la Teoría General del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa. La edición original es de 1986 y fue publicada en Harvard University Press.

46 JIMENEZ CASTRO, F. Trabajo citado p. 395-421. Cita en p. 400.

47 JIMENEZ CASTRO, F. Trabajo citado p.399.

48 Particularmente en la obra de GAIUS (GAYO) jurista romano del siglo II DC, de quien se pudo hallar su obra *Institutas* o Instituciones, que tuvo fuerte influencia en el derecho imperial. En el período de Justiniano esa obra se incorporó al *Corpus Iuris Civilis*, la compilación del derecho romano que hicieron los juristas en el siglo VI, y que se compone básicamente de constituciones, leyes y decretos de los emperadores romanos (Codex o código), doctrinas de los más destacados juristas (Digesto), un tratado de cuatro libros que sintetiza con fines didácticos todo el derecho vigente (Institutas o instituciones) y las nuevas constituciones y decretos dictados durante los años del gobierno de Justiniano (*Novellae constitutiones* o novelas).

también adoptó el criterio restringido que lo limita a una “*convención constitutiva de obligaciones*” (49).

La institución del contrato ha sido regulada -con escasas variantes- en todos los códigos del siglo XIX y XX, que comparten la tradición latina y también la concepción filosófica construida desde el siglo XVII por la Ilustración, en la línea de la autonomía de la voluntad y el racionalismo en todos los aspectos de la vida, individual y social (50).

Siglos después, los cambios que sobrevinieron en la realidad económica, social y cultural, incluyendo una globalización tan vertiginosa como irresistible, dieron otra forma y sentido al mundo contemporáneo, provocando cambios normativos acelerados que desbordaron todo marco nacional. En ese contexto de nuevas realidades negociales que se amparan bajo la forma jurídica contractual y de encuentro con diversidad de las regulaciones nacionales, es que empieza a hablarse de fragmentación y de crisis del contrato.

El contrato como negocio jurídico viene en crecimiento expansivo sostenido y la expresión alude, en realidad, a fragmentación y crisis en la teoría clásica del contrato, heredada de aquella tradición romana y liberal consolidada en los códigos civiles y comerciales del siglo XIX y hoy jaqueada por circunstancias muy diversas que exigen su revisión, tan urgente como radical.

El jurista italiano E. Gabrielli da cuenta de “*diez años que revolucionaron el contrato*” y lo hicieron “*fundamentalmente por la actuación y relevancia de numerosas directivas comunitarias*” que impusieron al derecho italiano “*profundas y significativas intervenciones legislativas*”. Es que el contrato, creado para “*regular estructuras económico sociales que se fundaban en formas de circulación de la riqueza relativamente simples hoy superadas por el contexto económico diverso y por la variedad y complejidad de los modelos negociales que hoy utilizamos*”, emerge como “*remodelado respecto de los esquemas de la tradición*”, aún cuando ese paradigma nuevo no está completamente definido y refleja tendencias contradictorias, que todavía requieren mucho más trabajo doctrinario (51).

49 GAMARRA, Jorge. (1972) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo VIII, Montevideo, p.8.

50 Esa filosofía acuerda máximo valor al consentimiento, tanto para la justificación de un hipotético pacto social constitutivo de las instituciones estatales como para la justificación de la creación de derechos y obligaciones en relaciones interindividuales. Con el mismo fundamento vinculatorio se justificó la autoridad del Estado, la obligatoriedad del derecho y la esfera de autonomía individual en las relaciones privadas.

51 GABRIELLI, Enrico. (2009) *Doctrina general del contrato*. Volumen I. El contrato y la operación económica. Trad. C. De Cores, Montevideo, FCU, p.14-15. El autor destaca que en un primer momento -a fines de los ochenta- pierde centralidad la figura del contrato y la distinción entre una regulación general y una parte

En la misma línea, C. de Cores destaca que la pérdida de centralidad del Código Civil deriva de varios vectores, desde la aparición de nuevos tipos contractuales introducidos por la expansión global en la economía y formas de vida social y cultural - algunos de ellos regulados por leyes especiales como el leasing, fideicomisos y otros- hasta al creciente predominio de los contratos de adhesión, la regulación específica de las relaciones de consumo y la tendencia a introducir en la teoría contractual una lectura constitucional que alienta otras perspectivas, como una visión social del contrato, la introducción de estándares heterónomos, un empuje hacia la objetivación y la protección del contratante más débil.. todo lo cual hace evidente que la idea del contrato que culmina en la codificación, sufrió transformaciones profundas y requiere que se construya una nueva teoría contractual ⁽⁵²⁾.

De manera que, desde hace por lo menos tres décadas, se habla del *fraccionamiento* de la teoría general del contrato, cuestionando que pueda hablarse del contrato *en general*, cuando es ostensible la diversidad entre los negocios que llevan ese nombre: contratos otorgados entre empresarios, contratos con consumidores, contratos entre particulares, contratos colectivos y contratos con la Administración estatal ⁽⁵³⁾. Y poco después empieza a hablarse con insistencia de *crisis* de la concepción del contrato, al punto de afirmar que quizás “*la idea de contrato como acuerdo de voluntades constituiría solamente un paréntesis en la historia general del pensamiento sobre el contrato, y un paréntesis quién sabe si cerrado ya*” ⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾.

Aunque quienes comenzaron a hablar en estos términos fueron los privatistas, desde el derecho público hay quienes coinciden en señalar la estrechez de la concepción del contrato construida por la tradición liberal, sobre la que todavía trabaja la dogmática. Así, J. Barbé Delacroix -inspirado en trabajos de Berçaitz- recuerda que la idea de contrato plasmada en los códigos del siglo XIX se inspira en las ideas del “*liberalismo racionalista*

especial, y que en un segundo momento -década de los noventa- comienza a hablarse de un “*nuevo paradigma contractual*”.

52 DE CORES, Carlos (2015) *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, UCUDAL. Síntesis de aspectos diversos mencionados por el autor en p. 532 y 597, entre otras.

53 DE CORES, C. Obra citada (2015) *Pasado...* p. 605. El autor cita al jurista italiano DE NOVA, Giorgio (1988) *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti en Contratto e impresa*, p. 327. Puede verse también DE CORES, Carlos (2012) La fragmentación en la teoría general del contrato en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de marzo de 2012 en *Revista de Derecho. Segunda época. Año 7. N° 7* (diciembre 2012), p. 65-113.

54 DE CORES, C. Obra citada (2015), p.45.

55 Esto ocurre en distintos ámbitos, en que devino común hablar de muerte, declinación u ocaso del contrato: GRANT, Gilmore (1974) *The death of contract en The Ohio State University Press*, del que existe una traducción reciente en (2017) *La muerte del contrato*, Barcelona, Civitas; ATIYAH, Patrick S. (1986) *Essays on Contract*, Oxford, Oxford University Press; GALGANO, Francesco (2007) El contrato en las relaciones internacionales, en *Anuario de Derecho Civil (ADC)* tomo LX Fascículo III, p.1296-1304.

de corte individualista” de Hobbes, Locke y Rousseau y Kant, que encuentra en el contrato “*su forma de expresión más categórica y perfecta*”. Ese contrato es un “*concepto erigido sobre cuatro pilares fundamentales: el principio de la autonomía de la voluntad, el de igualdad y libertad de las partes, el de inmutabilidad de las cláusulas, y el de la limitación de los efectos a las partes*” (56). Comenta C. Vázquez -que sigue a de Cores- que, en esa concepción, “*las voluntades individuales aparecen como soberanas para organizar en la forma que crean conveniente, sus derechos y obligaciones recíprocas (principio de autonomía de la voluntad)*” (57). Esa visión liberal implicó dejar enteramente de lado la concepción del contrato acuñada en la Edad Media por la filosofía aristotélico-tomista, que había priorizado sobre la autonomía de la voluntad, la exigencia de equilibrio objetivo entre las prestaciones, de justicia contractual (58).

Observan, además, que “*no siempre existe concordancia entre los intereses de las partes y los intereses generales de la comunidad*” y eso ha hecho que, ante el evidente desequilibrio de poder negocial que muchas veces existe entre los contratantes, fuera necesaria la intervención tutelar del Estado en las relaciones privadas para respaldo de los más débiles: en defensa del trabajador general los convenios colectivos, en protección del consumidor ante la imposición de condiciones contractuales desfavorables por empresas proveedoras aprueba normas sobre relaciones de consumo, etc. (59). Por lo que actualmente el contrato ha dejado de ser “*el resultado del libre juego de dos voluntades autónomas, para convertirse en una operación dirigida por los poderes públicos, representados por el poder administrador y por el juez, a quienes el legislador entrega el control de la forma en que el contrato se concierta, se va cumpliendo y se finiquita*” (60). La conclusión es que “*el contrato se ha transformado, desdibujándose algunos de sus postulados clásicos, lo que no obsta su permanencia como categoría jurídica, como género comprensivo de diversas especies*” una de las cuales serían los contratos en el ámbito del derecho público donde es prioritaria su adecuación al interés general (61).

56 BARBE DELACROIX, José (1989) Contratos de la Administración en *Contratación Administrativa. Curso de Graduados 1988*. Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, FCU, citas en p.13, 14, y 15.

57 VAZQUEZ, Cristina. Trabajo citado... La cuestión de las potestades..., p.109-131.

58 DE CORES, C. Obra citada (2015) p.116 y 138.

59 VAZQUEZ, C. Trabajo citado (2016) La cuestión de las potestades ... p.109-131.

60 VAZQUEZ, C. Trabajo citado (2016) La cuestión de las potestades... p.111.

61 VAZQUEZ, C. Trabajo citado (2016) La cuestión de las potestades...p.114.

De modo que no es que la figura del contrato haya perdido utilidad o interés, sino que ha tenido un crecimiento y expansión extraordinarios, y lo que unos y otros reclaman es un nuevo enfoque y una nueva regulación de esa institución ya milenaria.

E. Gabrielli -junto con parte importante de la doctrina- a la vez que rechaza la declinación del contrato, reafirma la utilidad y valor de reconstruir una nueva teoría unitaria *“el prisma ofrecido por la nueva y diversa dimensión de la realidad en la cual está destinado a producir sus efectos, para configurarlo según una noción que sea idónea para captar en toda su plenitud y complejidad, la multiplicidad y el conflicto de los intereses que, en cada supuesto de hecho singular, concurren en la construcción del acto y de la actividad de la cual la autonomía privada es expresión: vale decir en la dimensión de la operación económica”* (62).

Por su parte, C. de Cores sostiene que el futuro del contrato depende en gran medida de su aptitud para asimilar los nuevos enfoques y reestructurarse sobre la base de la *“utilidad social”*, que impone *“un límite positivo a la autonomía privada”* y pide *“un control estatal más incisivo sobre la congruidad del intercambio contractual (que) debe responder inequívocamente a los intereses generales de la sociedad”* (63) advirtiendo que *“las tendencias modernas en materia contractual serán valiosas únicamente si logran el desiderátum del bien común, armonizando lo que es bueno para cada uno con lo que es bueno para la generalidad”* (64).

En suma, los juristas actuales asumen como necesidad impostergable la construcción de una nueva concepción del contrato que dé cuenta de las transformaciones que requiere el presente y, en especial, permita dar cabida a enfoques y regulaciones específicos para ciertos contextos que ofrecen rasgos particulares. La integración de la contratación pública a esa teoría general de los contratos para los privatistas, no es más que una mención casi al pasar y está bastante distante de su centro de interés.

Los estudiosos de la contratación pública, en otras latitudes, limitan su preocupación a la heterogeneidad de las regulaciones nacionales y regionales como problema dado el carácter fuertemente internacional que esa actividad ha adquirido en los últimos tiempos y

62 GABRIELLI, Enrico. (2009) Obra citada p. 17.

63 DE CORES, C. Obra citada (2015) p. 469.

64 DE CORES, C. Obra citada (2015) p. 567.

miran la teoría general de los contratos como un posible punto de encuentro que permita evitar tropiezos y asegure fluidez a los negocios.

Entre nosotros, la preocupación recién empieza a verbalizarse porque la práctica jurídica pone de manifiesto los problemas que se presentan por tener sólo una regulación fragmentaria, un montón de cuestiones sin resolver que obligan a buscar soluciones en un derecho privado que no está al día ⁽⁶⁵⁾, y por el hecho de que en las controversias contractuales intervengan dos jurisdicciones que son independientes y cuyas decisiones arriesgan a superponerse e incluso a contradecirse ⁽⁶⁶⁾.

4. Tres perspectivas distintas.

Si bien tenemos el reclamo de una nueva concepción del contrato que pueda servir como marco unificador de la contratación actual, nos faltan respuestas concretas. Contamos, a lo sumo, con algunos intentos tendientes a proponer las bases para la construcción de la nueva concepción del contrato y, entre esos intentos, existe una enorme disparidad, derivada en gran medida del marco teórico desde el que se trabaje. La dificultad se acentúa porque los autores no acostumbran explicitar su objetivo ni su marco teórico y cuando lo hacen es, a veces, difícil identificarlos con marcos teóricos estudiados por la teoría general del derecho.

4.1. Meilán Gil. La experiencia europea: hacia un derecho uniforme de contratos.

Algunos enfoques, particularmente en la comunidad europea, se orientan más hacia la construcción dogmática sobre los nuevos modelos que han ido surgiendo de la realidad actual de la contratación, tanto para interpretar como para orientar nuevos materiales normativos. Allí existe un trabajo de décadas de construcción de un derecho comunitario que va exigiendo la reforma de los derechos nacionales, proceso en el que la doctrina ha contribuido y sigue contribuyendo activamente. La meta parece ser la creación de un derecho uniforme y la labor doctrinaria se ha orientado a trabajar los principios fundamentales de tal regulación y a revisar viejos conceptos a la luz de la normativa creada. A modo de ejemplo, pueden señalarse los aportes de comisiones de especialistas como la dirigida por el jurista danés Ole Lando desde el *European Law Institut*, que elaboró los Principios del Derecho Europeo de los Contratos con el propósito de convertirlos en una

65 Se ocupa del tema DELPIAZZO, Carlos E. (2015) Panorama nacional de la contratación pública en el contexto latinoamericano en *Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo III, Montevideo, FCU, p. 87-96.

66 La jurisdicción para resolver los problemas contractuales corresponde constitucionalmente al Poder Judicial. Sin embargo, el examen de la regularidad jurídica y eventual anulación de las decisiones unilaterales que adopta la Administración pública en el marco de los contratos, en tanto actos administrativos, ingresa en la jurisdicción constitucionalmente asignada al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, según la interpretación legal que recoge la tesis de los "actos separables".

nueva *lex mercatoria* ⁽⁶⁷⁾. Tales principios han sido un insumo relevante para el derecho comunitario ⁽⁶⁸⁾, para los operadores jurídicos de ese ámbito y referencia para juristas de otras latitudes ⁽⁶⁹⁾. En la misma línea se orientan los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, que van en su tercera versión (1995-2004-2010), complementados por trabajos de redacción de convenciones internacionales y leyes modelo ⁽⁷⁰⁾. En materia de contratación pública destaca el ambicioso camino iniciado por la Organización Mundial de Comercio (OMC) para aprobar un Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) ⁽⁷¹⁾ que inspiró sucesivas Directivas de la Unión Europea que cada país debió trasponer a su ordenamiento interno ⁽⁷²⁾.

En ese contexto, la doctrina advierte un movimiento de reforma radical del derecho de los contratos -Alemania reformó el derecho de las obligaciones en 2002 y Francia reformó su Código Civil en 2016- tras procesos “*largos y complejos, en que se han relevado las propuestas y en los que la academia ha jugado un papel protagonista*” acicateada por el “*sueño de un Derecho contractual europeo*” que también ha incentivado trabajos doctrinarios que procuran ofrecer un “*texto articulado que corresponde a la que usualmente conocemos como teoría general del contrato*” ⁽⁷³⁾.

Con referencia a la contratación pública, autores como J.L. Meilán Gil optan por teorías de tipo normativo que propicien el mayor grado de integración posible entre las distintas tradiciones nacionales y regulaciones estatales, regionales e internacionales del derecho de contratos ⁽⁷⁴⁾. El catedrático de la Universidad de La Coruña empieza por observar que existen notorias diferencias en el enfoque de la contratación pública en los países de la Unión Europea que, en gran medida, derivan de la tradición jurídica de cada

67 Versión en español: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>

68 DIEZ-PICAZO, Luis, ROCA I TRIAS, Encarna y MORALES Y PONCE DE PEON, A.M. (2002) *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Madrid, Civitas.

69 OVIEDO ALBAN, Jorge (2004) Los principios del derecho europeo de contratos: aspectos generales y formación del contrato en *Revista Foro Derecho Mercantil* N°4, jul.-sep./2004.

70 Versión en español: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>. El mencionado Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado fue creado en 1926 y hoy es una agencia de Naciones Unidas, integrada por sesenta y tres países de todo el mundo, entre los que nos contamos.

71 El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) fue aprobado por el Acta de Marrakesh del 15.4.1994, está vigente desde 1996 y fue revisado en 2012. El objetivo fundamental es la apertura mutua de los mercados de contratación pública y a tal efecto, sus normas disponen que en la esfera de la contratación pública han de garantizarse condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes.

72 En la Unión Europea se aprobó la Directiva Común del 28.7.2014 modificada el 4.5.20.

73 BOSCH CAPDEVILA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni. (2016) *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, p.10 y 11.

74 MEILAN GIL, José Luis. Un meeting point...p.32.

país, su concepción del Estado y de las relaciones con la sociedad, que le lleva a preguntarse si es posible alcanzar un punto de encuentro (*meeting point*) para una regulación común.

Esa regulación común como objetivo desde hace tiempo, se orienta a establecer directivas uniformes sobre las cláusulas contractuales.

En esa tarea la doctrina tiene una importante función que cumplir. Por un lado, ha ido abriendo camino hacia la progresiva uniformización de las regulaciones y, por otro lado, sigue siendo clave en el proceso de asimilación en el derecho interno, que exige revisar y redimensionar las categorías en juego para poder asimilar el proceso de globalización.

Estableciendo bases teóricas para esa tarea, Meilán Gil señala la importancia de distinguir con claridad dos modalidades de actuación estatal: la actuación “*por imposición*” de su voluntad unilateral y la actuación “*por contrato*” en pie de igualdad con particulares, distinción que tiene relevantes consecuencias. En la actuación contractual es preciso distinguir la etapa de formación de la voluntad contractual -en que el poder adjudicador está cuidadosamente reglado, con las consecuencias que puede acarrear el apartamiento de las reglas establecidas⁽⁷⁵⁾- y la etapa en que el contrato ha sido otorgado, en la que las reglas contractuales son igualmente obligatorias para ambas partes.

Esta distinción resulta singularmente útil para una regulación común de la contratación pública y privada, en la que no habría lugar para actos de imposición que contravengan principios o reglas contractuales. El contrato aparece como un “*supraconcepto*” que incluye contratos entre ciudadanos y contratos del poder público y, en ese enfoque, “*el contrato administrativo es sencillamente un contrato, que no es modulación del civil sino que uno y otro son manifestación de una única categoría jurídica*”⁽⁷⁶⁾ cuyo carácter esencial es la mutua vinculación creadora de derechos y obligaciones recíprocos. En términos de Ulpiano, *darum in idem placitum consensus*⁽⁷⁷⁾.

75 La Administración no puede contratar con cualquiera ni puede adjudicar el contrato en cualesquiera condiciones. La preparación y adjudicación del contrato no son solo actos que habilitan a la Administración a otorgar un contrato, son el modo de formar la decisión que, junto con la voluntad del particular, forman el contrato. Y en esa etapa la decisión del poder adjudicador resulta predeterminada en muchos aspectos por exigencias del interés general al que ha de servir, está sujeta al bloque normativo que integran leyes, pliegos de condiciones preestablecidos y principios de actuación administrativa como los de razonabilidad, eficiencia, transparencia, no discriminación y otros, debiendo seguir un procedimiento integrado por sucesivos actos cuya omisión o falta de conformidad con el derecho invalidan la voluntad que otorga el contrato.

76 MEILAN GIL, José Luis Trabajo citado (2016) p.15.

77 Se trata de la clásica definición del contrato de Ulpiano señalando que vincula jurídicamente a las partes, dando lugar a derechos y obligaciones entre ellas.

Ese enfoque percibe que la doctrina francesa de la sustantividad de los contratos administrativos conduce tanto a alterar la jurisdicción naturalmente competente para resolver los conflictos contractuales como a desnaturalizar la idea de contratación ⁽⁷⁸⁾. Con impecable lucidez, advierte que la vía de ingreso de las potestades exorbitantes está en el reconocimiento a la Administración del “*privilegio de la decisión unilateral ejecutoria*” que le permite dictar decisiones unilaterales y ejecutarlas sin previo control judicial, trasladando al eventual afectado la carga de la impugnación ulterior. En puridad, tal privilegio es típico del modo de actuación estatal que ha llamado “*por imposición*” y no puede aceptarse que invada la actuación “*por contrato*” porque en la institución contractual, los derechos y obligaciones de las dos partes derivan del acuerdo y han de atenerse a lo pactado. De modo que la normativa uniforme deberá rechazar esa tesis, regulando las cláusulas que pueden o no pueden ser incorporadas en la contratación pública ⁽⁷⁹⁾.

Como ha dicho, el interés público no puede justificar todo ni permitir la desnaturalización de las relaciones contractuales: ese interés debe asegurarse al contratar a través de una regulación prolija de las etapas que culminan en el otorgamiento del contrato. Pero, una vez que el contrato ha sido otorgado, las prerrogativas exorbitantes deben ser excluidas porque hacen posible el triunfo de la prepotencia y la corrupción.

Por último, observa que la regulación comunitaria ha encontrado la manera de usar la contratación pública también como medio para impulsar políticas públicas acordadas en la Unión Europea, como son las medioambientales, las de género u otras, empleando la vía de hacer preceptivas cláusulas que sirven a esas finalidades, lo cual no deja de ser una sugerencia atendible para nuestros gobiernos ⁽⁸⁰⁾.

4.2. De Cores. Presente y futuro de la teoría general del contrato desde la tradición jesuítica.

La obra reciente de Carlos de Cores constituye un esfuerzo muy significativo como valioso para cualquier proyecto de construcción de una nueva concepción del contrato, pero

78 Lo cual puede observarse en nuestro país en que -como dije- la materia contractual ingresa en la jurisdicción del Poder Judicial, mientras que la admisión de los actos separables hace que las decisiones administrativas unilaterales que afectan contratos otorgados -modificación, sanciones, rescisión- ingresen en la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Lo cual crea una distorsión que se evitaría suprimiendo esa posibilidad establecida en el Decreto-Ley N°15524 o se atenuaría con una interpretación restrictiva de ese concepto. Me referiré más adelante a las sentencias TCA N°764/2015 y SCJ N°150/2020 referidas a un mismo grupo de contratos entre un grupo inversor y la Administración, que abordan el problema de la interacción entre ambas jurisdicciones.

79 El autor no deja de advertir igualmente que, si acaso fuera imprescindible incluir alguna facultad especial, debería hacerse por pacto expreso incorporado en el contrato.

80 Se habla de contratación pública estratégica para incorporar estos objetivos en el entendido de que la contratación pública se lleva a cabo para satisfacer las necesidades de los ciudadanos y debe entenderse que está al servicio de las políticas públicas.

resulta algo difícil precisar su marco teórico a partir de sus expresiones acerca qué sería y cuál sería el objeto de una “teoría general del contrato” (81).

Esbozando su marco teórico de Cores identifica teoría con ciencia y nos dice que una teoría es una “*explicación de un segmento de la realidad*” que da a conocer “*su naturaleza, sus principios y causas*”. Toda teoría es resultado de aplicar al sector de la realidad en estudio, un método científico, que partiría de la “*experiencia sensible*” para ir a su “*ordenación racional*” y expresarla en “*proposiciones enunciativas susceptibles de demostración*” (82).

Trasladando estos conceptos a la teoría general del contrato, nos dice que el sector de realidad en estudio es la *práctica social que muestra que los individuos siguen ciertos patrones regulares, observables y descriptibles, porque se someten a ciertos preceptos que consideran obligatorios cuyo apartamiento les genera consecuencias desfavorables*. El objeto concreto de la teoría del contrato sería la explicación del sector de esa realidad relacionado con la *normativa sobre los contratos* (83). La teoría se ocuparía, entonces, de ordenar de forma lógica, racional y coherente, la información que nos proporciona la experiencia jurídica contractual, construyendo un sistema de conceptos y principios generales comunes, de modo de aportar una visión unitaria que simplifica el discurso y facilita el conocimiento de las diversas figuras especiales. Dado que la normativa sobre contratos, tanto en el *common law* como en el derecho codificado, comprende una parte general integrada por normas para todos y cualquiera de los contratos y una parte especial de normas específicas para cada especie contractual, la teoría general del contrato se ocuparía fundamentalmente de la primera pero también de su articulación con las regulaciones especiales (84) (85). Sería, en suma, “*el acervo de conocimiento general y abstracto sobre la materia contractual*” (86).

Hasta aquí la propuesta se presenta -a mi juicio- como una teoría de tipo descriptivo, aunque no queda del todo claro si describe los materiales normativos o acaso la práctica jurídica relacionada con esos materiales. También es descriptiva cuando explora y sigue el

81 DE CORES, C. *Pasado, presente y futuro...*p. 695-704.

82 DE CORES, C. Obra citada (2015) *Pasado, presente y futuro...*p.56.

83 Es posible, aunque no lo explicita así, que se refiera no a las normas sino a la práctica normativa en el sentido de práctica jurídica referida a los contratos.

84 DE CORES, C. Obra citada (2015) *Pasado, presente y futuro* p.69-70. La idea está formulada con leves variantes en varios autores citados: para M. Allara, se trata de identificar los principios comunes a las especies singulares de contrato, para G. Cian, los principios y reglas que deben valer como elementos comunes de base y para R. Sconiamiglio, los datos y conflictos de intereses que hacen a la estructura y función del contrato como categoría.

85 DE CORES, C. Obra citada (2015) *Pasado, presente y futuro ...*p. 70-73.

86 DE CORES, C. Obra citada (2015) *Pasado, presente y futuro...* p.55.

rastros históricos del contrato desde sus orígenes en la antigüedad hasta nuestros días y cuando identifica algunos desafíos objetivos del presente.

Sin embargo, dejaría de ser descriptiva y empezaría a ser prescriptiva desde el momento en que se propone orientarnos, darnos algunas líneas directrices para abordar la construcción de una teoría del contrato que no sólo dé cuenta del presente, sino que recoja lo mejor de la experiencia pasada y se proyecte exitosamente hacia el futuro. Entre las ideas a tomar en cuenta, como diría Vaz Ferreira, está la incitación a retomar lo central de la tradición jesuítica sobre los contratos, a fortalecer una nueva lectura de la institución contractual desde la Constitución, y a abrirse a la armonización y uniformización del derecho de los contratos que se ve en el derecho comunitario europeo y que todavía encuentra serias dificultades en nuestra América Latina ⁽⁸⁷⁾.

Finalmente, el propósito anunciado de reabrir el diálogo entre el derecho y la moral lo aproximaría a las teorías interpretativas. En efecto, sostiene que es absolutamente necesaria una nueva teoría unitaria que atienda a viejas y nuevas exigencias morales.

En una línea que apela al jusnaturalismo desde una perspectiva tomista y jesuítica, afirma que *“el inicio del tercer milenio presenta un panorama de la teoría general del contrato exigente desde el punto de vista ético”* por lo que debe buscarse un equilibrio que permita superar la tensión entre *“la libertad contractual, la fuerza vinculante del contrato y la intangibilidad de las convenciones libremente celebradas, con los requerimientos de equilibrio, cooperación y moderación de las ventajas desproporcionadas”*⁽⁸⁸⁾. Destaca que la fuerza vinculante del contrato se asienta en una idea moral fuerte, que tiene como punto de partida el reconocimiento del valor de la libertad humana y la responsabilidad por las propias decisiones, de las que derivan los deberes de mantener la palabra empeñada, de cumplir las promesas, de no dañar a otros y de asumir las consecuencias de los actos propios. A la vez, es también necesario reconocer el valor ético de principios de antigua data como el de equilibrio, fraternidad y solidaridad contractual, que hoy inspiran exigencias tales como la *“lealtad y fidelidad en el gobierno corporativo, las reglas de justicia o fairness en el mercado, la proscripción del abuso de la posición dominante y de la competencia desleal, la enorme expansión de las directivas de tratamiento justo del consumidor, el requerimiento de equilibrio normativo...”* ⁽⁸⁹⁾.

87 DE CORES, C. Obra citada (2015) *Pasado, presente y futuro...*p.695-704.

88 DE CORES, C. Obra citada (2015) *Pasado, presente y futuro...*p.689.

89 DE CORES, C. Obra citada (2015) *Pasado, presente y futuro...*p.712 y 714.

De manera que no estaríamos hablando solo de describir normas y prácticas jurídicas reales, ni únicamente de construir un sistema de conceptos, reglas y principios a partir de esa normativa y práctica actuales, sino también de investigación histórica sobre la institución que remonta el pasado y pretende proyectarse hacia el futuro en una especie de búsqueda de una esencia contractual que se despliega en el tiempo al modo propuesto por F. K. von Savigny⁽⁹⁰⁾, para culminar en el intento de sentar bases morales que operan como justificación de la institución del contrato, con el aditamento de que su interés no se limita a un ordenamiento jurídico en particular, sino que está pensado para cualquier ordenamiento contractual.

De ese modo, la propuesta saldría del estrecho marco de las teorías descriptivas y de las prescriptivas y, en el marco de la teoría general del derecho, calificaría como una teoría interpretativa interesante. En efecto, lo que empieza como una investigación cercana a la escuela histórica y al conceptualismo jurídico alemán -cuya herencia aún persiste y es fuerte entre nosotros- viene a convertirse en mucho más que eso, cuando apuesta a señalar valores y principios que rescata de la mejor tradición del contrato y que sostienen lo que -a su juicio- sería la mejor versión posible de esa institución en la actualidad y de cara al futuro⁽⁹¹⁾.

⁹⁰ Sobre la teoría jurídica en Friedrich Karl Von Savigny y el conceptualismo alemán ver WILHEIM, Walter. (1980) *La Metodología Jurídica en el siglo XIX*, Trad. R. Bethmann, Madrid, EDERSA.

⁹¹ Sería imperdonable no señalar que la obra de de Cores no habría sido posible sin el trabajo previo de otros civilistas uruguayos notables -reconoce expresamente *caminar sobre hombros de gigantes*- entre los que, por más obvio que resulte, es preciso mencionar al maestro Jorge Gamarra que inicia su monumental obra sobre el derecho de los contratos con una brevísima nota histórica pero se orienta rápidamente hacia la explicación e interpretación de los materiales jurídico-positivos de nuestro ordenamiento, con permanente referencia a otras regulaciones de la misma tradición como la francesa y la italiana. Sin hablar de teoría sino de doctrina general del contrato, nos permite ir descubriendo una suerte de teoría contractual, descriptiva, sistematizada, crítica e indiscutiblemente optimizadora de la normativa existente, teoría que, a mi juicio, se ubica más bien en el plano de la dogmática por asumir siempre el punto de vista interno y la fidelidad a la normativa, aunque se proponga siempre ofrecer la mejor lectura posible de los materiales normativos en que se funda. GAMARRA, Jorge. (1957-2009) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, de veintiséis tomos, que desarrolla la doctrina general del contrato particularmente en los tomos VIII a XVIII y, luego en *Responsabilidad Contractual* (1996-1997) en dos tomos. Además de una serie de innumerables y valiosos artículos sobre el tema publicados principalmente en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* (1974-2009) y en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil* (2013-2019), habiendo sido co-fundador de ambas publicaciones. Un paso más audaz da Juan Blengio, que tiende a despegarse de una dogmática estricta, en tanto acentúa los matices críticos y prescriptivos, promoviendo una nueva versión de la institución del contrato, *aggiornada* con la incorporación de principios constitucionales y criterios de justicia. BLENGIO, Juan. (1997) La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* (A.D.C.U). tomo XXVII; (2001) ¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual en *A.D.C.U.* tomo XXXI; (2002) Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute. Primera parte en *A.D.C.U.* tomo XXXII; (2003) Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute. Segunda parte en *A.D.C.U.* tomo XXXIII; (2004) Incidencia del principio de igualdad en la contratación privada en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*; (2005) El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica en *A.D.C.U.* tomo XXXV; (2009) La parte contractual débil en ADCU tomo XXXIX p.623-633; (2013). El contrato y la operación económica. Primera parte en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*,

4.3. Jiménez Castro. Necesidad de justificación pública del derecho de contratos.

Al mismo propósito de aportar para orientar la construcción de una teoría interpretativa del derecho de contratos se dirige, desde otra perspectiva, el trabajo del teórico chileno F. Jiménez Castro que aprecia que el contrato es una “*institución jurídica central en las sociedades contemporáneas*” caracterizadas por organizar la distribución de bienes y servicios a través del mercado y, por esa razón, estima importante construir una teoría general de contratos que aborde el tema de la justificación pública del derecho de contratos y opere como marco para la dogmática ⁽⁹²⁾.

Este autor admite que tal justificación es problemática y existen desacuerdos relevantes: ninguna de las varias teorías concita aceptación general. A modo de ejemplo, recuerda que se han propuesto justificaciones basadas en la eficiencia -como la que propone R. Posner desde la perspectiva de análisis económico del derecho- en la autonomía, como la impulsan D. Kimel desde el ideal liberal de la libertad de contratación, o en alguna concepción de justicia distributiva, como propugna, entre otros A. Bagchi, abogando por correctivos a la incidencia que tiene en la contratación la desigualdad de condiciones entre los contratantes ⁽⁹³⁾.

La idea de justificación “pública” es un concepto central en las teorías políticas liberales y democráticas: básicamente, la idea “*es que, dado el compromiso del liberalismo con la libertad individual y la agencia moral de cada persona, todos los aspectos de la estructura social deberían ser aceptables para cada individuo razonable. El reconocimiento de las personas como libres e iguales requiere justificar especialmente las instituciones coactivas apelando a razones que podrían ser razonablemente aceptadas. Desde este punto de vista, una institución está públicamente justificada cuando los ciudadanos tienen razones suficientes para apoyar su existencia*” ⁽⁹⁴⁾.

tomo I Montevideo, FCU, p.31-43; (2014) Contrato y la operación económica. Segunda parte. Su recepción jurisprudencial. Su incidencia en los poderes del juez en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo II, p.31-39.

92 JIMENEZ CASTRO, F. Trabajo citado, p. 395-421.

93 JIMENEZ, F. trabajo citado, p.397 y 400. Cita a POSNER, Richard (2011): *Economic Analysis of Law*, Nueva York, Wolters Kluwer; KIMEL, Dori (2003): *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*, Londres, Hart Publishing; y BAGCHI, Aditi (2015): “Distributive Justice and Contract”, en KLASS, Gregory, LETSAS, George y SAPRAI, Prince (edit.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press pp.193-212.

94 JIMENEZ, F. trabajo citado, p. 407, citando a WALDRON, Jeremy (1987): “Theoretical Foundations of Liberalism”, *The Philosophical Quarterly*, vol. 37, N° 147: pp. 127-150, p.128 y D’AGOSTINO, Fred (1992): “The Idea and the Ideal of Public Justification”, *Social Theory and Practice*, vol. 18, N° 2: pp. 143-164 en p. 144; y VALLIER, Kevin y D’AGOSTINO, Fred (2014) “Public Justification” disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justification-public/>. Fecha de consulta: 26 de enero de 2016.

Tal justificación ante los ciudadanos “*debe referirse a valores normativos compartidos, usando el discurso ordinario de la política democrática*” (95). Se trata de un intento de “*conectar la racionalidad interna del derecho de contratos con los principios más amplios que ciudadanos libres e iguales puedan aceptar*” para regular sus interacciones (96). La teoría del derecho de contratos que se construya debe satisfacer este compromiso con la democracia liberal.

Siguiendo el modelo de la teoría interpretativa dworkiniana, la teoría de contratos ha de satisfacer a la vez exigencias de adecuación y justificación, ser “*una forma de interpretación de esta práctica, que debe ajustarse a ella y mostrarla en su mejor versión posible*” (97). Para lo que el camino a seguir consiste en investigar cuáles son los valores y los objetivos sociales y políticos que justifican el derecho de contratos y de qué manera la práctica jurídica contractual puede ser vista desde esa perspectiva no solo como “*un conjunto inconsistente de accidentes históricos*” sino “*como una práctica coherentemente justificada*”. Y esto porque, en definitiva, el objetivo es revisar y ajustar tal práctica desde esta óptica de racionalidad y coherencia, lo que incluye reorientar en la medida que fuera necesario, la normativa, la dogmática y la adjudicación.

Jiménez advierte que, así entendida, una teoría general de contratos, cumple roles relevantes para la dogmática: un rol epistémico porque contribuye a una mejor comprensión de una práctica dotándola de sentido, y un rol prescriptivo puesto que pondría de manifiesto “*aspectos problemáticos de la práctica que son inconsistentes con tal justificación*” y proporcionaría argumentos acerca de “*cómo debemos reformar la práctica si queremos que ella esté a la altura de los valores que la justifican*” (98).

95 El autor entiende que tal justificación pública es necesaria por razones políticas, porque el derecho de contratos “involucra el uso de la coacción estatal en contra de contratantes incumplidores” y “requiere que instituciones financiadas públicamente –los órganos jurisdiccionales– resuelvan disputas entre contratantes” p.397. Y en un sistema político de democracia liberal una institución sólo puede legitimarse ofreciendo razones aceptables para ciudadanos razonables, lo que significa aportar razones morales adecuadas y abiertas al debate público, p.398. Desde Kant, el liberalismo político exige el ejercicio del “uso público de la razón” en clara alusión a la necesidad de dar razones para criticar ordenes, normas y opiniones ajenas y para defender o justificar las propias. Ver KANT, Immanuel. (1784) *Qué es la Ilustración?* en *Filosofía de la Historia*, México, Fondo de Cultura Económica y RAWLS, John (2000) *Kant: el constructivismo moral en Lecciones sobre historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós, p.253-270. En nuestros días la justificación de las instituciones jurídicas remite, desde una teoría normativa de la democracia como ideal regulativo, al procedimiento discursivo como legitimación de las decisiones políticas. MARQUISIO, Ricardo. (2014) *Una teoría normativa de la democracia*, Montevideo, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, UDELAR.

96 JIMENEZ, F. trabajo citado, p.403 señala que el objetivo de una teoría interpretativa no sería “*construir un ideal para el derecho de contratos, sino reconstruir los fundamentos del derecho de contratos con el objetivo de presentar la versión más atractiva posible que a su vez se ajuste a los aspectos centrales de la práctica, haciéndola moralmente inteligible*”.

97 JIMENEZ, F. trabajo citado, p. 396.

98 JIMENEZ, F. trabajo citado, p. 409.

5. Síntesis provisional I.

1. Hasta ahora vimos cómo la teoría clásica del contrato regulado por el derecho privado se ha desactualizado y desarticulado dando lugar a esfuerzos tendientes a reconstruirla desde una perspectiva distinta, en la que predomina la tendencia hacia la unificación, con un núcleo central sólido -sobre cuya determinación aún no existe consenso- y las regulaciones específicas que sean imprescindibles para dar cuenta de peculiaridades derivadas de circunstancias especiales que afectan la contratación bajo distintas circunstancias, como p.ej. el desequilibrio de poder entre los contratantes. Existe consenso en que una teoría general debería ser un marco en el que puedan resolverse la complejidad y la diversidad que ofrece la realidad práctica actual.

Parece evidente que tal teoría general que diera cabida a la diversidad y complejidad sería un marco adecuado para incorporar la contratación pública, revisar sus problemas actuales y decidir cuáles son sus rasgos típicos y hasta qué punto justifican un tratamiento diferenciado.

2. Hasta ahora no tenemos una construcción teórica semejante, sólo tenemos esbozos y sugerencias para emprender la tarea, todas con un alto grado de indeterminación y mucho para discutir. Revisando las propuestas se puede señalar:

a) entre nosotros ninguna iniciativa se ha planteado explícitamente incorporar a una nueva teoría sobre los contratos a la contratación pública, entendida como el conjunto de contratos que otorgan los agentes estatales con entidades privadas. La explicación puede estar vinculada a que los juristas suelen centrar su interés en una parcela más o menos delimitada del universo de problemas jurídicos, asumiendo una división derivada de tradiciones disciplinares ancestrales que persisten en forma particularmente exacerbada y les llevan a defender celosamente una supuesta autonomía de su área de trabajo. Tal fragmentación disciplinar del derecho no es más que un recorte artificial del universo jurídico que, en este caso, dificulta seriamente el proyecto unitario.

b) la elección y explicitación del marco teórico desde el cual se elige trabajar parece ser imprescindible. Los caminos son diversos y la elección depende fuertemente de los intereses y preferencias de cada uno. Algunas opciones que se inclinan más bien hacia lo descriptivo -como hacen las teorías dogmáticas que trabajan sobre los materiales nomativos, preocupándose por amalgamar lo heredado con lo nuevo- otras abordan más lo prescriptivo y buscan generar teorías aptas para orientar la política de creación normativa, y otras eligen una perspectiva interpretativa que apunta a analizar la práctica real, descubrir

y discutir valores y principios que la justifican públicamente y que permiten reorientarla útilmente.

c) de hecho, observamos propuestas orientadas en todos esos sentidos pero parece claro que ninguna podrá prescindir de un examen cuidadoso de los materiales normativos de distintos orígenes que el orden jurídico -interno, regional o internacional- haya ido incorporando, ni de las construcciones doctrinarias elaboradas a partir de esos materiales y tampoco de las opiniones que la jurisprudencia haya tomado como fundamento de sus decisiones, porque no se puede construir prescindiendo de la cultura jurídica heredada.

d) pero tampoco se puede permanecer prisionero de una tradición que ya no se ajusta a las necesidades del mundo contemporáneo y no cumple las finalidades que la justifican, por lo que siempre será importante discernir con claridad valores y principios a los que sirve la práctica contractual y someterlos a discusión racional y pública que asegure su legitimidad para orientar y optimizar la nueva versión de esa práctica. ⁽⁹⁹⁾

3. El concepto central de la teoría, que es preciso revisar y reconstruir, es el concepto de contrato y aunque haya mucho para analizar y discutir, su núcleo central -por lo menos hasta hoy- parece consistir en ser un acuerdo de voluntades concertado entre dos o más sujetos con la finalidad de crear -quizás modificar o extinguir- obligaciones de contenido patrimonial, que consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa. El concepto incluye el carácter vinculante de ese acuerdo, lo que significa que el cumplimiento de lo pactado no puede quedar librado a la decisión de ninguna de las partes contratantes: no podrá ser dejado sin efecto ni tampoco modificado de modo unilateral ⁽¹⁰⁰⁾.

Seguramente podrán discutirse y modificarse otras características que la tradición ha incorporado a los ordenamientos normativos y a la doctrina y jurisprudencia, pero parece más que difícil aceptar una concepción del contrato que se aparte de las propiedades antes señaladas, que serían algo así como el núcleo duro para cualquier concepción y que, precisamente representan la conciliación de valores relevantes para el intercambio de bienes y servicios: la aceptación voluntaria de la obligación y la responsabilidad consiguiente, que aporta certeza y seguridad a la práctica contractual.

99 A modo de ejemplo, DAGAN, Hanoch (2008): "The Limited Autonomy of Private Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, N°3, pp. 809-834, citado por Jiménez, afirma que "el derecho privado no puede explicarse ni justificarse aisladamente de los valores sociales que lo determinan". De Cores, como vimos, señala concretamente valores y principios que considera centrales para esa práctica.

100 Si bien se trata de aspectos centrales indiscutidos, he seguido aquí las enseñanzas de GAMARRA, Jorge (1976) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo VIII, 3e.ed. Montevideo, p.7-42 y (1981) tomo XIV, 3a.ed. Montevideo, p.197-231.

IV. Coincidencias entre contratación pública y privada.

Entre las muchas dificultades a resolver para cualquier teoría general del contrato cuenta su aptitud para incorporar la contratación pública. Mi pregunta es si, en verdad, existen reales obstáculos para construir una teoría general de los contratos abarcativa de aquellos que otorgan las personas estatales con sujetos no estatales.

Habiendo revisado a grandes trazos la evolución y estado actual de la contratación privada y la contratación pública, creo haber advertido que la radical diferencia progresivamente se transforma en convergencia creciente hacia una teoría general de los contratos que avanza con dificultad porque persisten tensiones que generan polémica y, cada vez, es preciso dar cuenta del reclamo de reconocimiento de peculiaridades que justificarían un tratamiento especial en ciertos aspectos que aún no están bien determinados.

Sin embargo, hay que destacar la importancia de las coincidencias. Admitido que los contratos que otorga el Estado con particulares “*son contratos*” y existe una “*identidad sustancial*” entre la contratación pública y la privada, los especialistas de derecho público aceptan hoy que, a menos que alguna norma expresa disponga otra cosa, se aplica a la contratación pública el régimen general, las normas del derecho común que regulan los contratos, prescindiendo de su localización en códigos y leyes consideradas civiles ⁽¹⁰¹⁾. Es el caso de las normas que regulan requisitos de validez de los contratos, en cuya virtud, para que un contrato otorgado por la Administración sea válido, debe satisfacer exigencias en cuanto a capacidad de los otorgantes, consentimiento, objeto, causa y, eventualmente, solemnidad, tal como lo regula el Código Civil en sus artículos 1261 a 1290 ⁽¹⁰²⁾. La circunstancia de que la formación de la voluntad administrativa esté sujeta a reglas especiales no interfiere con esa premisa general y será analizada más adelante.

Reflexionando sobre la contratación administrativa Sayagués Laso detallaba como elementos esenciales: sujetos, voluntad, contenido, causa, finalidad, forma y procedimiento,

101 Entiendo que, aunque la ley califique algunos contratos como “contratos del Estado” y establezca para ellos algunas reglas especiales, no hay obstáculo para su inclusión en una teoría general de los contratos. La Ley N°15903 de 10.11.1987 identificó como “contratos del Estado” a los contratos de obras, de adquisición de bienes, de suministros, de prestación de servicios personales y de servicios no personales (arts.482,486 y 488). La identidad conceptual es destacada, entre otros, por CAJARVILLE, J.P. (2008) *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, 2a.ed. p.326 y por DELPIAZZO, C.E. y RUOCCO, G. (2013) *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*, tomo I p.220 y 221.

102 El Código de Comercio, en su artículo 191 establece que “*Las prescripciones del derecho civil sobre la capacidad de los contrayentes, requisitos de los contratos, excepciones que impiden su ejecución y causas que los anulan o rescinden, son aplicables a los contratos comerciales bajo las modificaciones y restricciones establecidas en este Código*”.

enumeración que retoma C.E. Delpiazzo (103). Examinando sus trabajos se advierte que prácticamente coinciden con los requisitos esenciales que exige el derecho privado. La referencia específica a los sujetos contratantes no es más que la caracterización de la contratación pública, que radica en que una de las partes contratantes “*será por definición una Administración Pública y el otro será una persona física o jurídica, pública o privada*” (104). Esta nota coincide con el criterio distintivo que he asumido en este trabajo y observo que omite toda referencia definitoria que aluda a interés público o al bien común.

1. Capacidad de contratar. La referencia al requisito de capacidad se limita al contratante privado y señala que le son aplicables las normas del derecho común: si fuera una persona física deberá tener capacidad de ejercicio -en los términos del C. Civil y el C. de Comercio- y si fuera una persona jurídica, la capacidad alude tanto a su existencia como sujeto de derecho como a la determinación del ámbito de actuación dentro del cual podrá acordar negocios jurídicos, el modo en que se adoptará la decisión y quien habrá de representarla.

La otra parte -el poder adjudicador- ha de ser una persona jurídica estatal y se destaca que éstas son distintas a las personas jurídicas privadas. No se habla de capacidad, sino que se exige validez de su creación, competencia -definida como aptitud de obrar de esas personas- y poder de representación de los órganos que emiten la voluntad institucional, vinculante para el negocio jurídico de que se trate. Lo cual supone que esa decisión esté dentro de las facultades del ente estatal (105), así como que el órgano que actúa tenga facultad para comprometer erogaciones como “ordenador de gastos” (106) y haya tomado su decisión conforme a las reglas jurídicas que rigen su actuación (107). Las otras restricciones a que puedan estar sujetos los agentes públicos para contratar son cuestiones de legitimación, al igual que en el derecho privado (108).

103 SAYAGUES LASO, E. *Tratado...* tomo I, p.532; DELPIAZZO, C.E. *Contratación Administrativa*, p.55-69.
104 DELPIAZZO, C.E. Obra citada (1999) *Contratación Administrativa*, p.55 y 58

105 Se suele hablar del principio de especialidad. PEZZUTTI, Miguel. (2015) Algunas reflexiones sobre el principio de especialidad (en especial, sobre la construcción de obra pública, en ROTONDO TORNARIA, Felipe (Coordinador) *Organización Administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.27-51.

106 TOCAF arts.26 a 29.

107 DELPIAZZO, C.E. Obra citada (1999) *Contratación Administrativa*, p. 66.

108 Es sabido que nuestra normativa no explicita la diferencia entre capacidad y legitimación introducida por la doctrina y que genera, a veces, problemas interpretativos. La doctrina habla de la legitimación del representante para actuar por la persona representada, pero también de legitimación para contratar en relación con la existencia de impedimentos legales de carácter subjetivo que obsten la validez o eficacia del contrato. Según GAMARRA, Jorge (1975) *Tratado...* tomo Décimo p.203-251, “*la capacidad está fundada sobre las condiciones subjetivas de la persona y por ello se dice es una aptitud intrínseca de la parte. La legitimación, en cambio, es una posición del sujeto respecto del objeto u otros sujetos*” p.212. De modo que cuando la ley establece prohibiciones de contratar entre determinados sujetos -como lo hace el C. Civil en

2. Consentimiento. El segundo requisito esencial del contrato es el consentimiento de los contratantes, vale decir, la aceptación voluntaria del acuerdo por el cual, alguno o ambos, se obligan a cumplir cierta prestación, a dar, hacer o no hacer algo.

El Código Civil contiene una precisa regulación acerca de las exigencias y formas de expresión de voluntad apta para configurar el consentimiento que perfecciona el contrato. Distingue entre contratos consensuales, reales o solemnes, entendiéndose por tales los que requieren que el consentimiento se exprese de alguna forma especial, sin la cual no será válido ⁽¹⁰⁹⁾. Según la regulación legal, el contrato se perfecciona, si se trata de un contrato solemne cuando se cumpla con la forma requerida, pero si no lo fuera, se entiende que el consentimiento debe expresarse de alguna forma clara e inequívoca, existiendo una regulación expresa acerca de cómo y cuándo debe considerarse perfeccionado un contrato que no es solemne ⁽¹¹⁰⁾.

En derecho público la preocupación prioritaria de los especialistas apunta a analizar los requisitos para que exista una *voluntad administrativa* válida, sin distinguir -a veces- la formación y expresión de la voluntad de la Administración y el perfeccionamiento del contrato, cuyo presupuesto es, además de la existencia y validez de las voluntades de ambos contratantes, cierta forma de manifestación o expresión de esas voluntades que permite tener certeza de que se ha consentido un acuerdo vinculante para ambas partes ⁽¹¹¹⁾. En general, señalan que los actos y contratos que otorga la Administración siempre requieren formalidades porque para la actuación administrativa el principio es el formalismo y las formalidades no sólo se refieren al procedimiento para formar la voluntad administrativa, sino también a su forma de expresión. Tratándose de contratos, los especialistas coinciden en que, aunque el perfeccionamiento no exija solemnidad, el principio del formalismo exige *“como regla general debe reputarse indispensable que el contrato conste por escrito”* ⁽¹¹²⁾.

sus arts. 271,412,1257,1675, entre otros y en el TOCAF art.46, no son restricciones a la capacidad sino prohibiciones que afectan la legitimación para contratar, aunque la consecuencia pueda ser la nulidad.

109 Código Civil art.1252 y, entre muchas obras de doctrina, GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo VIII, Capítulo VII sobre Contratos consensuales y solemnes y tomo IX Primera parte, sobre Contratos reales”.

110 Código Civil arts.1262 a 1268.

111 SAYAGUES LASO, E. *Tratado...* tomo I p.532: *“en la contratación de los entes estatales hay dos aspectos básicos: la formación de la voluntad administrativa y el encuentro de ésta con la voluntad del particular”* y p. 546. *“Es claro que en todos los casos la voluntad administrativa debe formalizarse siguiendo las mismas reglas aplicables para dictar actos administrativos y el vínculo contractual recién surgirá cuando la voluntad válida de la Administración se enlace con la voluntad particular.*

112 SAYAGUES LASO, E. *Tratado...* tomo I p. 539. Para el autor es una exigencia de la voluntad administrativa pero, si se analiza su obra, admite la existencia de voluntad sin esa expresión formal, cuando hay ejecución de un acuerdo no documentado, por lo que me inclinaría a pensar que no estamos ante

Sin embargo, se advierte un acercamiento a las formas aceptadas por el derecho privado. Así, en derecho público aquel principio formalista coexiste con otro de *informalismo a favor del administrado* y quizás eso motive a Sayagués Laso a sostener que, excepcionalmente, “*en ciertas ocasiones, ante el hecho consumado de la total ejecución de un contrato, puede aceptarse la existencia y validez de un consentimiento tácito de la Administración*”. Lo que revalida la distinción entre forma como solemnidad y forma como prueba de la existencia del consentimiento, y admitir en el ámbito público la posibilidad de contratos consensuales, entendiendo que el cumplimiento puede probar que hubo consentimiento, aunque se insista en que “*el criterio para admitirlo debe ser muy restrictivo*” (113).

Se trata de un área indiscutiblemente especial regida por reglas y principios de derecho público, pero no es por completo ajena a criterios de derecho común. Hasta no hace mucho tiempo esta peculiaridad motivó discusiones respecto del perfeccionamiento del contrato en las licitaciones públicas. No existía texto legal ni era usual que el pliego estableciera algo al respecto. No había duda de que el dictado del acto de adjudicación era la finalización del procedimiento de formación de la voluntad de la Administración, en el sentido de haber elegido una oferta, pero había discrepancias respecto a cuándo quedaba perfeccionado el contrato. Se discutía si bastaba que la expresión de voluntad de la Administración que adjudica el contrato a un oferente, fuera comunicada al adjudicatario o si era necesario que fuera aceptada por él o si recién habría contrato cuando el acuerdo fuera formalmente documentado por escrito (114). La discusión es bien interesante porque si tenemos en cuenta que se trata de un contrato entre partes que no están

solemnidad necesaria sino escritura *ad probationem*. De hecho, los especialistas suelen mencionar como principio de la actuación administrativa el informalismo en favor del administrado.

113 SAYAGUES LASO, E. *Tratado ...* tomo I p. 535.

114 MANTERO MAURI, Elías. (2003) Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año II N°4, U.M. p.125-153. El autor resume las posiciones en discusión: a) la tesis de la adjudicación como aceptación de la propuesta del oferente, compartida por Sayagués Laso, Bursztyn, Barbot, Real, Rotondo y Echevarría, para quienes el contrato queda perfecto con la notificación de la adjudicación al elegido; b) la tesis de que la adjudicación es solo la elección de la propuesta más conveniente y la notificación al adjudicatario sólo da nacimiento a su derecho subjetivo y la correlativa obligación de la Administración de otorgar el contrato. Dentro de esta tesis hay un matiz entre Carbajal Victorica que sólo expresa que “*el perfeccionamiento del contrato tiene lugar después de la adjudicación y no por medio de ésta*” y Delpiazzo quien aduce que el contrato se perfecciona recién cuando el adjudicatario notificado acepta la adjudicación. Sobre el mismo tema: Ver también FATA, Raquel (1989) Responsabilidad precontractual de la Administración en *Contratación Administrativa* (1989). Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Curso de Graduados, Montevideo, FCU, p.33-39 y SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo (1989) Adjudicación, vicios, impugnación, en misma obra, p.41-55.

simultáneamente presentes, la aplicación del criterio general expresado en el Código Civil ⁽¹¹⁵⁾ daría razón a la primera tesis.

Como adelanté hoy la discusión ha sido zanjada por ley y el criterio adoptado se ajusta a la solución del Código Civil, lo cual muestra la utilidad de análisis como el expuesto por Mantero y cómo es posible y razonable trabajar en sintonía desde ambas áreas. En efecto, la Ley N°18.834 de 4.11.2011 art.37 estableció que “*El contrato se perfeccionará con la notificación al oferente del acto de adjudicación dictado por el ordenador competente*” ⁽¹¹⁶⁾.

Tampoco se discute que las normas del derecho común sobre vicios del consentimiento que podrían afectar la validez del contrato se extienden a la contratación pública y se admite que esos vicios pueden afectar a cualquiera de los contratantes y que el resultado es la posible anulación del contrato. La nota especial es que la decisión de la Administración no sólo podría resultar viciada por error de hecho, violencia o dolo ⁽¹¹⁷⁾ sino también por los demás vicios que pueden hacer anulable la voluntad estatal: irregularidad en el procedimiento debido o en los motivos de la decisión. En este caso, la regulación de los actos administrativos proyecta sus consecuencias sobre la suerte de los contratos.

3. Objeto. Contenido. En tanto los privatistas incluyen como requisito esencial para la validez de los contratos la exigencia de que su *objeto* sea determinado, posible y lícito ⁽¹¹⁸⁾, los administrativistas se refieren a determinar el *contenido* del contrato.

La doctrina civil ha discutido sobre el significado de la expresión *objeto de los contratos* que emplea la normativa y hay propuestas discordes de Bayley y de Peirano Facio, que han sido analizadas críticamente por Gamarra ⁽¹¹⁹⁾. El concepto sigue siendo polémico aún hoy, aunque aquella encendida discusión haya perdido interés práctico y deba vérsela como un conflicto interpretativo a partir de lo dicho en varias disposiciones legales y las construcciones dogmáticas que intentan reconstruir racionalmente el significado de esos textos. Lo cierto es que expresiones como *objeto del contrato* y *objeto de las obligaciones* resultan confusas porque la palabra “*objeto*” ha sido usada en aquellas disposiciones con significados diferentes, sin hacer la debida distinción. De ahí que Gamarra con lucidez observe que “*estamos empleando misma palabra (objeto) con*

115 Según el C.Civil art.1265 el contrato se perfeccionaría “*en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente*”.

116 TOCAF art.69.

117 DELPIAZZO, C.E. Obra citada (1999) *Contratación Administrativa*, p. 66.

118 C. Civil arts.1261 num.3 y 1282 a 1286. C. Comercio arts.191 y 198 inc.2.

119 BAYLEY, *Curso de Derecho Civil*, tomo I, p.177; GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIV p.125 y sgtes.

distintos significados” y termine concluyendo que, en realidad, es discutible dar por sentado que los contratos tienen objeto ⁽¹²⁰⁾ ⁽¹²¹⁾.

Cuando los administrativistas hablan de *contenido del contrato* emplean deliberadamente una expresión que parece más amplia que *objeto del contrato*, usada en derecho privado: exigen la determinación precisa de las prestaciones a que se obliga cada parte y la especificación de los bienes o servicios que son su objeto, pero incluyen además el conjunto de otras estipulaciones que se pactan, distinguiendo entre lo que sería su contenido *natural* -expresión que parece aludir al sinalagma contractual- su contenido *implícito* -aspectos que, aunque no se consignen en el texto del contrato, lo integran efecto de las normas jurídicas vigentes y de los pliegos de condiciones aceptados al presentar ofertas- y un posible contenido *eventual* o conjunto de estipulaciones contingentes que prevén modalidades de las obligaciones, como plazos o condiciones. Para Sayagués Laso el *objeto* que otros autores estudian por separado está incluido en este *contenido del contrato* y debe ser “*cierto, determinado y lícito*” ⁽¹²²⁾ ⁽¹²³⁾.

No cabe duda de que una teoría general de los contratos debería revisar y ajustar también estas nociones a un patrón general. Obviamente las nociones de objeto del contrato y contenido del contrato no coinciden, pero un contrato debe necesariamente tener un objeto (o contenido natural) y puede tener o no cláusulas que establezcan condiciones o modalidades contingentes. Por demás, aunque es necesario precisar las obligaciones principales asumidas, todos los contratos obligan no sólo a lo que sus cláusulas establecen expresamente sino a “*todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la equidad, al uso o a la ley*” ⁽¹²⁴⁾. Por ende, no habría demasiadas diferencias entre el *contenido del contrato* detallado por los administrativistas y el *objeto del contrato* al que aluden los civilistas, si se entiende por tal al conjunto de obligaciones que vinculan a las

120 GAMARRA, J. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIV p.135-136.

121 Sin pretender resolver esa cuestión, me parece útil la idea de que cuando se habla de objeto del contrato se está hablando de su finalidad inmediata, que es crear obligaciones; y cuando se habla de objeto de las obligaciones se está haciendo referencia a las prestaciones a que se obligan los contratantes, esto es, dar, hacer o no hacer alguna cosa. Recién si quisiéramos hablar del objeto de las prestaciones, sería coherente hablar de “*cosas o hechos*” -como lo hacen algunas disposiciones- porque el objeto de una prestación de dar normalmente ha de ser “*dar alguna cosa*” y el objeto de una prestación de hacer o de no hacer seguramente habrá de referirse a una cierta conducta que, en el lenguaje del Código Civil es denominada “*hecho*”. No puedo afirmar que esta racionalización sea resultado de una investigación exegética y exhaustiva, sólo es un intento de sugerir significados que faciliten a los dogmáticos pensar más claramente los textos legales a los que necesariamente, es preciso atribuir significado desde que hay disposiciones expresan que exigen que los contratos tengan un objeto posible, determinado y lícito (artículos 1282 a 1286 y 1560).

122 SAYAGUES LASO, E. *Tratado...* tomo I, p.536.

123 La amplitud del objeto de los contratos que puede otorgar la Administración es reconocida por leyes que, como la citada Ley N°15.903 de 10.11.1987 arts. 482, 486 y 488, menciona los contratos de obras, de adquisiciones de bienes, de suministros, de prestación de servicios personales y de servicios no personales.

124 Código Civil art.1291 inciso 2.

partes, integrado no sólo por aquellas expresamente pactadas sino también por las previstas en la ley que ingresan por vía supletoria conforme lo dispuesto en el art. 1291 inc. 2 del C. Civil.

4. Causa. Finalidad. Por último, es esencial para la existencia y validez de los contratos privados una *causa* o motivo determinante de la voluntad, a la que algunos administrativistas agregan la *finalidad* del contrato, sin explicar si sería o no algo diferente.

C.E. Delpiazzo las vincula al identificar la causa con el motivo por el cual la Administración otorga el contrato y explicitar que ese motivo sólo podría consistir en cumplir alguna finalidad que le ha sido asignada: el fin genérico es servir al interés público y el fin específico es servir la prestación que realiza ese interés en una situación concreta, valiéndose de la actividad de un tercero que ejecuta materialmente cierto cometido. De modo que, *“tanto el apartamiento del fin general de interés público, como del fin específico del servicio implican un vicio invalidante de la actuación de la Administración que es la desviación de poder, entendiéndose por tal la utilización de los poderes jurídicos de que se dispone para un fin distinto a aquel para el cual les fueron asignados”* (125).

El tema de la causa contractual quizás exija alguna revisión en una nueva teoría, porque es centro de reflexiones y debates en el actual derecho privado, enteramente trasladables a la contratación pública. Dada la extremada ambigüedad semántica del vocablo *causa* en el lenguaje jurídico se explican los esfuerzos de la doctrina privatista para interpretarlo racionalmente, reconociendo su polisemia y el error de pretender una definición única. En el derecho contractual, una disposición legal indica que en los contratos onerosos *“es causa para obligarse... la ventaja o provecho que le procura la otra parte”* y en los gratuitos, lo es *“la mera liberalidad del bienhechor”* (126). Esa expresión, aparentemente clara, es motivo de polémica debido a una interpretación reciente y novedosa, según la cual la causa del contrato es la operación económica que ha dado lugar al acuerdo.

En un trabajo anterior intenté mostrar el cambio de enfoque del concepto que también sería relevante para los contratos que otorga la Administración (127). Decía que la revisión de la noción de causa mostraba cierto giro pragmático en la doctrina jurídica, que afecta nociones más o menos clásicas del derecho contractual.

125 DELPIAZZO, C.E. Obra citada (1999) *Contratación Administrativa*, p. 68.

126 Código Civil art. 1287.

127 CASTRO RIVERA, Alicia. La pregunta por la causa del contrato: un giro pragmático de la doctrina, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo V, Montevideo, FCU, 2017 p.47-53.

Ocurre que la dogmática ha debido construir el concepto de causa contractual pese a la parquedad del lenguaje empleado por el codificador y, en el enfoque tradicional, comprometido con el formalismo jurídico como teoría del derecho, la causa fue pensada de modo abstracto y para cada tipo contractual regulado ⁽¹²⁸⁾. Actualmente y como resultado de un análisis interesado en no perder contacto con la realidad en que se inserta el contrato y, en particular, con la realidad económica a la que sirve cada negocio jurídico, aquella *“noción formal y abstracta va siendo desplazada por una nueva concepción que entiende la causa como la razón concreta para concertar una cierta operación económica, lo que supone relevar todos los intereses en juego y observar el modo de articularlos en el negocio que se quiere realizar valiéndose de uno o de varios contratos, que pueden ajustarse o no a los tipos contractuales prefigurados en la ley”* ⁽¹²⁹⁾.

De manera que parece posible despejar la ambigüedad de la causa contractual apuntando en otro sentido y, a la vez, diluir la diferencia de enfoque con la doctrina publicista, construyendo una noción unitaria, en tanto se entienda la causa como la *“razón que justifica”* la voluntad de obligarse y, por ende, las consecuencias jurídicas que emergen de los contratos. Implica valorar el fundamento por el cual se asigna a cierta decisión, determinado efecto jurídico, que básicamente consiste en la atribución de derechos o de obligaciones. Reflexionando sobre el tema Gamarra ha afirmado que *“la idea de justificación parece ser el común denominador de las distintas acepciones del concepto jurídico de causa”* ⁽¹³⁰⁾.

En tanto los analistas del derecho administrativo asocian la causa contractual con la finalidad que se persigue al contratar -una suerte de *causa final* aristotélica- resulta que la causa viene a ser identificada con el interés que justifica la decisión de contratar y el valor vinculante del contrato. La Administración se obliga para obtener cierta prestación que le permite satisfacer alguna finalidad a su cargo, que es de necesidad o utilidad pública, y eso es lo que justifica la tutela jurídica del acuerdo contractual. En otros términos, se trata de concertar una operación económica como medio para realizar cometidos de interés general.

¹²⁸ En ese trabajo recuerdo que *“La formulación clásica tiene su origen en Domat, seguido por Pothier, inspirador del Código Civil Francés de 1804 que, comentado por la escuela de la exégesis francesa, es fuente del proyecto Narvaja y de nuestro Código Civil. La causa es entendida como “causa para obligarse” y ubicada en el ámbito subjetivo, como la finalidad que el sujeto se propone alcanzar mediante el contrato, cierta ventaja o provecho que ha de procurarle la prestación a que se obliga la otra parte o el mero propósito de satisfacer su ánimo de liberalidad. A la vez, se plantea como exigencia para la validez de los contratos, la licitud de la “causa inmediata de la obligación” (C.C.art. 1287 num.4), con lo que se apunta a la causa como un motivo específico e “inmediato” diferenciable de todos los otros motivos que pudieran incidir en la determinación de la voluntad de obligarse (Gamarra 1981: 7-46). Ese afán de separar la causa como finalidad específica para contratar, de los otros motivos del agente, produjo como efecto la afirmación de causa abstracta para cada tipo de contratos, permitiendo prescindir de la realidad concreta de cada negocio”*.

¹²⁹ CASTRO RIVERA, A. Trabajo citado p. 47.

¹³⁰ GAMARRA, J. (1981) *Tratado...* tomo XIV, p. 54.

Esta percepción de la causa, según la cual aquella noción formal y abstracta va siendo desplazada por una nueva comprensión de la causa como razón concreta para concertar un negocio de contenido patrimonial, funciona del mismo modo en la perspectiva privada y pública. Aunque las razones últimas puedan ser distintas para cada parte, la reformulación de la noción de causa en esos términos resulta útil porque permite comprender mejor el sentido del contrato e interpretarlo desde *“los intereses en juego y observar el modo de articularlos en el negocio que se quiere realizar valiéndose de uno o varios acuerdos contractuales que pueden ajustarse o no a los tipos contractuales prefigurados en la ley”* (131).

En suma: Si bien la lectura de los trabajos de los especialistas en derecho administrativo y la observación de la práctica jurisdiccional inclinan a pensar que el problema de la contratación pública es que no existe una regulación general y sólo contamos con escasas normas dictadas para atender cuestiones puntuales sin cuidar su articulación con el derecho general de los contratos, la reseña precedente permite afirmar que la aplicación de reglas y principios del derecho común viene contribuyendo eficazmente a solucionar problemas.

De modo que, sin negar que el hecho de que sea parte del contrato un ente regido por el derecho público genera algunas cuestiones especiales, las peculiaridades señaladas hasta ahora son mínimas y no parecen obstar una teoría contractual unitaria. Me propongo abordar ahora otros aspectos cuya especificidad se señala con mayor insistencia.

V. La diferencia en la formación de los contratos en la contratación pública.

La toma de decisiones en los entes estatales tiene particularidades normativas que han sido cuidadosamente estudiadas por la doctrina de derecho público, con indiscutible proyección en la formación del contrato y consecuencias innegables sobre su validez.

Suele señalarse categóricamente que el principio de autonomía de la voluntad, fundamento de la contratación privada, no aplica en la contratación pública donde la

131 GABRIELLI, E. en el trabajo citado, p.10 atribuye a Ferri el impulso en ese sentido y la definición de la causa como *“el interés concretamente perseguido mediante el acto de intercambio”* y en la misma línea Roppo indica que causa (concreta) *“son los específicos elementos que concurren a formar la razón justificativa de cada contrato en particular”* (Gamarra, 2009:298). La causa pasa a ser entendida como la razón del negocio, la justificación del acuerdo y de su carácter obligatorio y remite a la operación económica que los sujetos se proponen realizar y a sus intereses concretos tal como fueron concertados en esa operación económica a la que da forma el contrato o el conjunto de contratos que acuerdan. Nuevamente en palabras de Ferri, es la *“función económica-individual del contrato en cuanto refiere a una operación que expresa las exigencias e intereses de uno o más individuos”*.

Administración nunca podría actuar libremente: su actividad está fuertemente condicionada por reglas, principios y fines preestablecidos en normas jurídicas de rango legal y reglamentario. Esto marca una diferencia esencial con la libertad de que gozan los contratantes en el ámbito de la contratación privada. La actuación administrativa, aún la discrecional, debe orientarse necesaria y exclusivamente a satisfacer el interés general y eso condiciona los fines que puede perseguir y, a su vez, la forma de proceder para llegar a la decisión de concertar un contrato ⁽¹³²⁾.

En efecto, todos los ordenamientos jurídicos contienen disposiciones que disciplinan la actividad administrativa y, entre nosotros, la infracción a esas normas, por expresa previsión constitucional, puede dar lugar a la anulación de decisiones ilegítimas (Constitución artículo 309) y a la obligación de reparar sus efectos dañosos (Constitución art.312).

La idea es que las cláusulas contractuales estén pre-establecidas en pliegos de condiciones generales elaborados previa y unilateralmente por la Administración y que para seleccionar un co-contratante debe seguirse un procedimiento que asegure libre concurrencia, imparcialidad y transparencia. Después de haber tomado la decisión que opta por un contratante, las estipulaciones contractuales no pueden ser modificadas, ni el elegido ser sustituido por otro.

Se ha dicho que tales diferencias son tan relevantes que impiden pensar en un régimen general para la contratación por lo cual corresponde revisar esa objeción.

1. Selección del cocontratante.

En tanto el objetivo es garantizar que prevalezca el interés público, se trata de asegurar que la elección del cocontratante esté motivada por la única razón de ser quien ofrece la mejor opción, la oferta más conveniente para el fin público perseguido.

Para eso existen normas establecidas por ley que establecen impedimentos que excluyen como cocontratantes a ciertas personas y mecanismos para seleccionar a la persona, física o jurídica, con la que la Administración habrá de contratar. El principio rector es la necesidad de asegurar una elección imparcial de la mejor oferta, la que mejor satisfaga el interés general y de ahí que se postule como ideal la contratación mediante un procedimiento público, competitivo, abierto a todos los interesados en igualdad de

132 CAJARVILLE PELUFFO. J.P. *Sobre Derecho Administrativo*, tomo 2 p.361 y p. 421 expresa que la libertad de acordar términos contractuales que tienen los sujetos privados “no es asimilable a la discrecionalidad de que pueda estar dotada la Administración, porque sobre ella, recaen...límites que no constriñen a aquellos”.

condiciones y con reglas precisas que aseguren libre concurrencia, imparcialidad y transparencia.

El modelo que mejor se ajusta a ese ideal y por tanto goza de predilección de los especialistas es el procedimiento de licitación pública que tiende a maximizar la cantidad y calidad de los oferentes, aportándoles amplia información para la correcta elaboración y presentación de sus ofertas, les asegura un trato igualitario y la transparencia de la elección final. Lo cual se ajusta puntualmente a los criterios definidos como rectores para la actuación de la Administración Pública (133). Es notoria la insistencia de la doctrina y la jurisprudencia sobre este tópico. A las opiniones de Sayagués Laso, Cajarville, Delpiazzo, Durán Martínez y muchos otros se agrega la jurisprudencia del Tribunal de lo Contenciosos Administrativo que, en sentencia redactada por el Ministro Dr. Torello, dice:

"El Tribunal habrá de precisar, primeramente y reiterando conceptos que informan, invariablemente, su jurisprudencia firme en la materia, que la licitación no es un procedimiento de contratación instituido para proteger los intereses del licitante o proveedor, sino que se propone, primordialmente, salvaguardar el interés público en materia de contrataciones, procurando las condiciones óptimas o, por lo menos, las mejores que posibilite el negocio de que se trate. Permitiendo, al mismo tiempo, el adecuado control del proceder de los funcionarios a quienes se asignan los poderes de comprometer los recursos de la comunidad" (134).

A mediados del siglo pasado Sayagués Laso había dicho que la Administración puede contratar buscando a un contratante *"de la misma manera que los particulares"* y otorgar una *"contratación directa"* o usar procedimientos menos formales que la licitación, como *"llamar a los posibles interesados y luego seguir tratativas directas con el que haga ofrecimientos más interesantes"* (135). Sin embargo, el procedimiento *"más utilizado"* es la licitación pública -abierta o restringida a sujetos determinados- y la describe como *"un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas"*, que *"consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones) formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación)"* y destaca que *"todo el procedimiento se funda, para alcanzar*

133 TOCAF art.149 menciona como principios generales para la actuación administrativa, los de flexibilidad, publicidad, razonabilidad, delegación, ausencia de ritualismo, materialidad frente al formalismo, veracidad salvo prueba en contrario, transparencia, buena fe.

134 TCA N°13 del 13.2.1989.

135 SAYAGUES LASO, E. *Tratado...* tomo I p.540-541 y 543.

la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones” (136). En su momento, el tratadista concluye que “la norma general es que la Administración tiene amplias facultades para celebrar los contratos que requiera el buen funcionamiento de los servicios a su cargo, pudiendo a tal fin elegir directamente la persona con la cual contratará” pero, desde 1935, existen normas jurídicas -leyes- que imponen para ciertos casos la licitación pública como forma de contratación.

A fin de siglo, Delpiazzo en su obra clásica sobre contratación administrativa observaba que aquel principio de libre elección por la Administración del sujeto con el que ha de contratar, encontraba en el orden jurídico positivo tantas y tan importantes restricciones que se había verificado “una verdadera inversión de tal principio”. Cuando se habla de mecanismos selectivos rigurosos se piensa en la licitación pública, establecida por ley como regla general, y la contratación directa quedaba restringida a casos excepcionales, a determinados supuestos especialmente previstos, en especial, asuntos en que fuera relevante alguna característica o “factor personal” del contratante o tuvieran escasa trascendencia económica (137).

En la actualidad son tantas las excepciones a ese mecanismo de contratación establecidas en la normativa vigente que, pese a seguir siendo la forma ideal preferida por los especialistas, se ha convertido en el modo residual de seleccionar el cocontratante y se usa cuando no se verifican las condiciones que permiten evitarla (138). La cantidad de excepciones que se han ido estableciendo hace que la regla parezca haberse invertido nuevamente (139) de modo que, seguir hablando en los mismos términos, significaría ignorar que una cantidad muy importante de los contratos que otorga la Administración -muchos de gran importancia económica- no siguen ese procedimiento (140). El propio Delpiazzo, revisando la normativa vigente, detalla la larguísima lista de situaciones que posibilitan la

136 SAYAGUES LASO, E. *Tratado...* tomo I p.543.

137 DELPIAZZO, Carlos E. Obra citada (1999) *Contratación Administrativa*, p. 78.

138 DELPIAZZO, Carlos E. Obra citada (1999) *Contratación Administrativa*, p.120 y siguientes. Puede verse allí una larga lista de excepciones a la licitación pública: por razón del monto o cuantía de la contratación, excepciones genéricas y excepciones especiales. Actualmente, la regulación precisa está en el TOCAF 2012 (actualización 2014) cuyo artículo 33 establece que “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente” y seguidamente establece las excepciones -licitación abreviada, contratación directa, pregón o puja a la baja, remate- que insumen varios literales y muchos numerales, así como numerosos artículos subsiguientes.

139 SAYAGUES LASO, *Tratado...* tomo I p.546 señala que en nuestro ordenamiento una ley de 31.12.1935 exigió licitación pública para el Estado y otros entes estatales “en toda inversión de fondos superior a \$ 500” y ese mismo año, la Ley Orgánica Municipal N°9515 de 28.10.1935 la estableció para el ámbito departamental. En 1948 aquella cantidad fue elevada a \$ 1.000, agregando que por debajo de esa cifra era obligatorio el previo pedido de precios.

140 DELPIAZZO, Carlos E. Obra citada (1999) *Contratación Administrativa*, p.121-144.

contratación directa, algunas de las cuales de carácter general -por razón del monto del contrato, por razón de los contratantes (¹⁴¹), por el tipo de bienes o servicios de que se trate (¹⁴²) y otras son excepciones particulares como las que elevan los topes de gastos de contratación sin licitación para algunas personas jurídicas estatales, o por el origen de los fondos, o las características del mercado de determinados bienes o servicios (¹⁴³). A las que se agregan nuevos procedimientos como la subasta o remate, el pregón o puja a la baja y otros (¹⁴⁴).

La extensión de la lista, que crece en forma sostenida, permite relativizar la afirmación del destacado profesor respecto de la prevalencia de la licitación y pone en evidencia un notorio aumento de las oportunidades de proceder a contratación directa. Se trata de un tema que no es objeto específico de estudio en este momento pero es útil como muestra de la variedad de contratos que los entes estatales otorgan normalmente con los más variados proveedores de bienes o servicios, en que al tener la posibilidad de dejar de lado el procedimiento licitatorio o aplicarlo en forma discrecional, tienen relativa libertad de elección.

Tampoco hay que olvidar la contratación que realizan actualmente los entes estatales por medio de sociedades privadas, algunas constituidas exclusivamente por entidades estatales o aún, por otras sociedades privadas estatales constituidas con anterioridad. Esta realidad hace que se desdibuje el principio afirmado tan categóricamente sobre la contratación pública como algo sustancialmente diferente a la privada dado que tales entidades estatales operan como sujetos de derecho privado, aunque con fondos públicos y con total libertad para contratar (¹⁴⁵).

¹⁴¹ Por ejemplo, con organismos o dependencias estatales, personas públicas no estatales o personas jurídicas de derecho privado cuyo capital sea íntegramente estatal o de éstas últimas.

¹⁴² Es el caso de adquisición de bienes o servicios cuya fabricación o suministro sea exclusiva de determinadas personas o cuando se trate de adquirir, ejecutar o restaurar obras de arte, científicas o históricas, cuando deban confiarse a empresas o personas especializadas o de probada competencia, o de reparar maquinarias, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo haga que resulte oneroso llamar a licitación, adquisición de semovientes de características especiales, o de víveres frescos existentes en mercados, ferias o comprados directamente a productores, o de material docente o bibliográfico del exterior, o cuando exista notoria escasez de los bienes o servicios a contratar, o se trate de bienes que no se produzcan o suministren en el país y se pueda acudir a organismos internacionales que integramos, o de adquirir petróleo crudo y sus derivados, aceites básicos, aditivos para lubricantes todos en el exterior; otras por las especiales circunstancias en que ha de hacerse la adquisición, como cuando medien probadas razones de urgencia no previsibles o no sea posible la licitación o su realización resienta seriamente el servicio, o cuando las circunstancias exijan que la operación deba mantenerse en secreto, etc.

¹⁴³ TOCAF artículos 33 y 44.

¹⁴⁴ TOCAF artículos 53,54, 56.

¹⁴⁵ DELPIAZZO, C.E. (2015) Acerca de las sociedades estatales en *Comentarios al TOCAF. Sobre la contratación pública*, tomo II, Montevideo, U.M. p. 335-364. Excluir esas entidades del sector público con el efecto de reducir el ámbito de la contratación pública a la directamente estatal parece un recorte semántico,

2. Pliegos de condiciones y estipulaciones del contrato

Quienes enfatizan el carácter especialísimo de la contratación pública argumentan también que en la contratación estatal y, particularmente, en alguna de sus formas (licitaciones, pedidos de precios) las condiciones que regularán la relación contractual están previamente establecidas de modo unilateral en documentos redactados por entidades administrativas que son obligatorios para llamar ofertas. La doctrina administrativa califica esos pliegos de condiciones generales o especiales como reglamentos y les asigna valor normativo de decretos.

Se habla de contratos no paritarios, pre-ordenados unilateralmente mediante pliegos de condiciones que establecen cláusulas contractuales o fórmulas contractuales preparadas de antemano que se integran al contrato. Sin embargo, no es una modalidad exclusiva de ciertas formas de contratación pública. Hace tiempo que los contratos de adhesión, con nula o casi nula flexibilidad negocial, han ganado un espacio más que relevante en la contratación privada.

En efecto, es el estilo que impera en las relaciones entre proveedores y consumidores y cada vez con más frecuencia, en la contratación entre empresarios grandes y pequeños, y en varias modalidades comerciales que hoy son la base del funcionamiento del mercado. En un mercado de libre competencia nada impide que algún privado - asociación o empresa- opte por un procedimiento competitivo para elegir con quien contratar, llamando a interesados sobre bases preestablecidas.

No desconozco ni niego relevancia al hecho de que la normativa vigente impone a la Administración la exigencia de predeterminedar las estipulaciones contractuales para determinado tipo de negocios y lo hace por una razón especial y sobradamente justificada -proteger el interés público y la calidad de la oferta y a evitar la corrupción- y de ahí el valor acordado al respeto estricto del pliego, como ha destacado la doctrina ⁽¹⁴⁶⁾. En cambio, en

más o menos artificioso, que permite seguir hablando de contratación pública con peculiaridades que describen sólo una parte o algunas modalidades de la actividad contractual de los entes estatales. A tales mecanismos elusivos de los controles administrativos se agrega hoy la figura de la asociación público privado creada por Ley N°18.786 de 19.7.2011.

146 Nutrida literatura, nacional y extranjera sobre la licitación pública enfatiza como principios básicos el respeto a los pliegos de condiciones y a la igualdad entre los postulantes que, entre nosotros, se consideran de raigambre constitucional, debido a que derivan claramente del principio de sujeción del Estado al Derecho y del principio de igualdad de trato entre las personas. Dice Cajarville que el principio de igualdad es la *"verdadera columna vertebral de la licitación pública y de los demás procedimientos de selección"* y que el respeto de los pliegos de condiciones, generales o particulares, se funda en ese mismo principio. Citando a Sundfeld, observa que esa exigencia de estricto respeto *"impide la elección, después de iniciado el procedimiento, de criterios de habilitación o juzgamiento destinados a privilegiar a determinados licitantes"* CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo (2008) *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, 2a edición ampliada, p.293-453; SUNDFELD, Carlos A (1994). *Licitação e contrato administrativo*, Sao Paulo, Malheiros.

la contratación privada es una opción de la que puede valerse quien lo encuentra conveniente y tiene poder negocial para elegir las cláusulas contractuales.

Es una diferencia importante, pero es dudoso que pueda verse como un problema para una teoría general contractual porque, en definitiva, atañe a la calidad de persona jurídica estatal de uno de los contratantes y concierne a aspectos bien estudiados por la doctrina de derecho público, que no parecen requerir un enfoque diferente desde la teoría del contrato.

Entiendo que la Administración debe seguir normas expresamente establecidas, que condicionan la validez de sus decisiones, lo cual alcanza a la decisión de contratar. Por consiguiente, la violación de esas reglas vicia la validez de la decisión administrativa y, por ende, del contrato. Aunque esas reglas sean distintas de las que existen para los sujetos privados, el efecto del vicio es similar: también en la contratación privada, si hay infracción a las reglas para actuar válidamente, el contrato será nulo o anulable por decisión jurisdiccional.

La regulación específica del modo de actuación de los entes estatales – aunque amplíe el elenco de razones por las cuales un contrato pueda ser anulado- no implica necesariamente exclusión del régimen general de los contratos porque no es una cuestión que deba resolverse desde la teoría de los contratos sino desde la teoría de derecho público que estudia la actuación administrativa.

Es importante establecer un deslinde de problemas. No conciernen a la teoría del contrato sino al derecho administrativo, las cuestiones relativas a los procedimientos de contratación que puedan plantear quienes participan en ellos o se consideran terceros interesados, que han de ser resueltas desde los principios y reglas que dan lugar a eventual anulación de actos administrativos y responsabilidad patrimonial por daños ⁽¹⁴⁷⁾.

En cambio, la teoría contractual deberá contribuir a resolver, desde principios y reglas generales de la contratación, problemas tales como el derecho del adjudicatario al mantenimiento de las condiciones ofrecidas en el llamado o a la exclusión de cláusulas abusivas incorporadas a los pliegos o al contrato y muchos otros, por tratarse de cuestiones que, en mi opinión, no deberían tener un tratamiento diferente a otros supuestos de responsabilidad contractual ⁽¹⁴⁸⁾.

¹⁴⁷ Siguiendo el criterio general, C.E. Delpiazzo sostiene que todas las irregularidades del procedimiento administrativo de contratación comprometen la responsabilidad patrimonial de las instituciones estatales (Constitución art. 24).

¹⁴⁸ El abuso de derecho en cláusulas contractuales que no son negociadas sino incluidas en contratos no paritarios es un tema que ha adquirido un notable desarrollo en nuestros días, especialmente en relaciones

En definitiva, parece claro que en la formación del contrato es insoslayable la normativa que regula el modo en que actúa la Administración pública para llegar a contratar, pero otorgado válidamente el contrato, entiendo que deben prevalecer los principios y reglas comunes a todo contrato, sin la interferencia que deriva de llevar al ámbito contractual una regulación que es específica para los actos administrativos. Percibo que las mayores dificultades para una teoría general de la contratación no se encuentran en etapa de formación del contrato sino en la etapa de cumplimiento, particularmente cuando se trata de contratos de ejecución diferida o continuada en el tiempo y en las situaciones de incumplimiento contractual, sea que éste sobrevenga de una u otra de las partes.

VI. Tesis de la diferencia sustantiva. Análisis crítico de una objeción persistente

He señalado con anterioridad que el mayor obstáculo para la inclusión de la contratación pública en una teoría general de los contratos es la tesis que sostiene la *sustantividad* de los contratos administrativos. Según esa tesis, la circunstancia de que la Administración actúe como agente del interés público justifica que, aún sin existir normas expresas que así lo establezcan, se le reconozca un cúmulo de prerrogativas especiales que la colocan en una situación de privilegio o primacía sobre su contraparte. Tales facultades exorbitantes del derecho común se justifican apelando al interés público o al bien común, pero -en definitiva- vienen a desnaturalizar la idea de contrato -destruyen lo esencial del contrato- y aparecen como argumentos para impedir la inclusión de la contratación pública en los principios y reglas destinados a regir los contratos.

Se sostiene que la desigualdad de posiciones entre la Administración y los particulares es tal que sería absurdo hablar de *contrato administrativo* porque “*pareil adjectif ne saurait accompagner un pareil substantif*”, que la expresión es una verdadera *contradictio in adjecto*, ya que el contrato “*crece sólo sobre el suelo de la igualdad...y la Administración siempre manda unilateralmente*” (149).

de consumo, pero las reflexiones que motiva bien pueden extenderse a otro tipo de relaciones no paritarias o en que haya abuso de poder de negociación.

149 GARCIA DE ENTERRIA, Trabajo citado, p.100. Transcripciones tomadas de MAYER, Otto (1888) *Zar Lehre vom öffentlich-rechtliche Vertrag* (Trad: Doctrina del contrato público), en *Archiv des öffentlichen Rechts* 3 (Trad: *Archivo de Derecho Público* 3), p.25. En el mismo sentido, más cercano y más que claro, SOTO KLOSS, Eduardo (1978) *La contratación administrativa; un retorno a las fuentes clásicas del contrato*, en *Revista de Administración Pública*, Nº 86, mayo-agosto, Madrid, p.569-584. dice: “*Misión y fin del Estado es promover el bien común... para alcanzar su fin primordial y específico... puede utilizar o la técnica unilateral (de imposición) o la técnica contractual... y si utiliza la técnica contractual, el contrato que celebre estará igualmente marcado por esa finalidad pública del interés colectivo, del bien común... Puesto que el Estado debe promover el bien general, común... está dotado de poder, y en una posición jurídica supraordenadora, directiva y distribuidora*” (p. 575 y 577) y poco después se pregunta “*¿Es posible sostener, entonces, que el*

J. Rodríguez Arana justifica esos poderes, reconocidos por la ley española, expresando que *“a través de la actuación contractual la Administración pública aparece en el tráfico jurídico para proporcionar servicios públicos a los ciudadanos y se presenta como garante de los intereses públicos, investida de todo un conjunto de potestades que se justifican, en definitiva, en la medida del servicio objetivo al interés general... En los contratos administrativos, el juego del interés público, al que debe servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación”* (150).

Al exponer los antecedentes del problema para la teoría general del contrato ya me he referido a esta tesis y su origen en la tradición jurídica francesa. También he señalado que, desde hace un tiempo, se viene observando una tendencia creciente de rechazo a la tesis de estas prerrogativas exorbitantes. Ese cambio de orientación que, en mi opinión, deriva de una mejor comprensión del significado de la institución del contrato y de la función que cumplen los contratos de que se sirve la Administración estatal, no ha logrado excluir totalmente aquella tesis, que aún cuenta con defensores entre nosotros y deja reiteradamente su huella en nuestra jurisprudencia.

Entre los críticos, el francés Francis-Paul Benoit, reiteradamente citado por la doctrina nacional, observa que la noción de cláusula exorbitante del derecho común es una de las nociones más radicalmente falsas y que más han entorpecido el sistema jurídico (151). Entre nosotros, Durán Martínez que habla de una *“esencia universal del contrato”*, explica que *“por la lógica de la institución, las partes quedan ligadas por los efectos de la relación que voluntariamente han creado”*, lo que hace que la idea de cláusulas exorbitantes del derecho común sea -como dice Benoit- radicalmente falsa y perjudique significativamente la aplicación cabal del derecho de contratos (152). Como explica G. Ruocco (153) si la idea

Estado, que la Administración pueda, en verdad, estar sometido al derecho de los privados? ¿No parece, más bien, una vía hacia la iniquidad? Porque ¿cómo tratar igual a desiguales? ¿No será, acaso, una cuña política en el corazón del Derecho para favorecer a ciertos intereses particulares privados?” (p. 584).

150 RODRIGUEZ ARANA, Jaime (2008) Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)* N° 12, p. 795-812.

151 DURAN MARTINEZ, A. Trabajo citado (1989) Ejecución...p. 61. Cita de BENOIT, Francis-Paul (1968) *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz.

152 DURAN MARTINEZ, A. Trabajo citado (1989) Ejecución...p.61 y 68.

153 RUOCCO, Graciela (2013) Ejecución de los contratos. Alteración de la ecuación económico financiera del contrato. Teorías del hecho del príncipe, imprevisión y sujeciones imprevistas, en DELPIAZZO, Carlos E. y RUOCCO, Graciela (Directores) *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*, tomo II, Montevideo, La Ley Uruguay, p.1482.

es garantizar el interés de la colectividad valiéndose de intereses de los particulares, el interés del contratante privado no debe ser menospreciado: la idea de subordinación debe ser sustituida por la de colaboración, que implica abandonar las prerrogativas exorbitantes

Se advierte amplia coincidencia -Cajarville, Delpiazzo, Durán Martínez, Ruocco, entre otros- afirmando que los contratos otorgados por la Administración son verdaderos contratos y, siendo bilaterales y conmutativos, obligan a ambas partes a cumplir lo estipulado y deben ser cumplidos de buena fe, por lo que obligan a todas las consecuencias -aún no escritas- que sean conforme a su naturaleza, a la ley y a la equidad. En esa interpretación, los contratos crean reglas de derecho que vinculan jurídicamente a los contrayentes, según la consabida metáfora, *"como la ley misma"*. En otros términos, tienen plena fuerza vinculante para ambas partes con todo lo que eso implica. La doctrina sostiene que quienes contratan con la Administración adquieren derechos y esos derechos deben ser respetados porque, de lo contrario, no serían derechos en serio.

Resulta imprescindible hacer un análisis crítico de la teoría de la sustantividad, de su fundamento y de las prerrogativas que sostiene.

El fundamento del interés público, tal como ha sido afirmado por aquella teoría, debe ser revisado y rechazado. Sin intención de abordar el complejo problema del significado de un concepto tan impreciso y controvertido ⁽¹⁵⁴⁾, nada más acertado que la observación de García de Enterría de que *"hoy el interés público primario es, justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamento mismo del orden público ... y aún del orden político entero"* ⁽¹⁵⁵⁾. En la misma línea, Meilán Gil afirma que *"el interés general que justifica el contrato no debe desnaturalizar la relación contractual, con su conjunto de derechos y obligaciones"*. Para este autor, *"la concreción de ese interés general se realizará en la preparación y adjudicación, o formalización, del contrato"* y ese interés *"no tiene por qué ser garantizado, en definitiva, por un acto unilateral con efectos ejecutivos"*. Admitir el ejercicio de poderes extraordinarios por los poderes

154 BRITO, Mariano R. (2004) *Derecho Administrativo. Su permanencia-contemporaneidad-prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.282, ha ensayado asignar significado al interés general en el derecho uruguayo, señalando que *"tiene carácter preeminente"* sobre el interés particular y el Estado es su *"más calificado y eminente protagonista"* destacando que implica *"el reconocimiento de la necesidad propia de la persona humana y de sus comunidades"* para realizar sus potencialidades que requieren seguridad, apoyo, asistencia, y eso implica tanto conductas de abstención, como conductas positivas creación de un entorno protector de su intangibilidad y de su participación en los beneficios del desarrollo.

155 GARCIA DE ENTERRIA, E. (1986) La significación de las libertades para el Derecho Administrativo en *Anuario de Derecho Humanos*. Madrid, p.122.

adjudicadores en la etapa en que el contrato debe ser cumplido sólo puede contribuir al autoritarismo y con ello “a la prepotencia y la corrupción”. (156)

Según J. Rodríguez Arana, “los principales privilegios administrativos en materia de contratación son: el poder de dirección, inspección y control de las obras, el poder de interpretación unilateral del contrato, la potestad de modificar el contrato por razón de interés público (“potestas variandi”), la potestad de suspender las obras por motivos de interés general, la inaplicación general de las excepciones de incumplimiento administrativo, el régimen especial de mora administrativa, potestad de resolución unilateral del contrato y del principio de ejecutividad de los acuerdos” (157).

Con singular agudeza, Meilán Gil ha visto que la “clave de bóveda” para esa teoría es el reconocimiento de una prerrogativa “por excelencia”, que es el “privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial”. De manera que esos poderes formidables no resultan del contrato, sino del privilegio general de autotutela asignado a la Administración (158).

Si bien en algunos países, como el Reino de España, se han establecido y regulado tales facultades por ley, lo cierto es que la jurisprudencia y la doctrina francesas -y las que siguen esa tradición de cultura jurídica- postulan la legitimidad de aquellas facultades o prerrogativas aún no existiendo normas ni cláusulas contractuales expresas que las establezcan.

Anticipando mi opinión adversa, diré que -con la mejor doctrina- rechazo que se trate de “poderes implícitos” en sus cometidos (159) y sostengo que, si cualquiera de esas facultades no estuviera expresamente prevista por la normativa vigente, su ejercicio sería ilegítimo. La Administración no podría modificar unilateralmente el contrato, debería rechazarse su potestad de dirigir la ejecución de la prestación por el contratante particular, de sancionarlo con fundamento en el vínculo contractual, como de extinguir unilateralmente los contratos (160). Por último, en caso de incumplimiento por cualquiera de las partes, debe

156 MEILAN GIL, José Luis. Un meeting point...

157 RODRIGUEZ ARANA, J. Las prerrogativas...p.795-812.

158 MEILAN GIL, José Luis. Un meeting point ... p.22.

159 CAJARVILLE PELUFO, Juan Pablo (2008) *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, 2a. edición ampliada, Montevideo, FCU p.443. Dice el autor que “...para que pueda admitirse su existencia como potestad implícita deberán cumplirse los requisitos que conforme a la teoría de los poderes implícitos permiten sostenerla: que se trate de un poder necesario para cumplir un cometido expresamente atribuido, que no esté expresamente conferido a otro órgano del Estado, y que el poder que se pretende no lesione limitaciones o regulaciones expresas ni viole otra regla de derecho”. Esta última condición no podría cumplirse en estos casos dada la unanimidad de opiniones acerca de que, desde la perspectiva constitucional del artículo 309, los contratos deben considerarse “reglas de derecho”.

160 La potestad de modificación está admitida y regulada legalmente en TOCAF art.74. La rescisión unilateral está también prevista por Ley N°18.834 de 4.11.2011 art.38 inc.1.

admitirse que el perjudicado pueda invocar esa circunstancia para dejar de cumplir sus obligaciones correlativas ⁽¹⁶¹⁾, así como ejercer la opción entre exigir el cumplimiento o la resolución o rescisión del contrato en los términos previstos por el artículo 1431 del Código Civil, lo que, en definitiva, siempre será objeto de una decisión jurisdiccional ⁽¹⁶²⁾.

Esas prerrogativas excepcionales *"son tan inconciliables con la esencia del contrato que en realidad convierten su enunciado en una contradicción en los términos"* ⁽¹⁶³⁾ y, por esa razón, como sostiene Durán Martínez, toda facultad que exceda las que confiere el derecho común *"deben emerger de un texto contractual o legal que expresamente las autorice"*, lo cual *"acerca evidentemente la especie al contrato de derecho común, ya que también en los contratos de derecho común, el acuerdo de las partes, o la ley, e incluso, un principio general del ordenamiento, pueden permitir variaciones unilaterales al contrato"* ⁽¹⁶⁴⁾

Un examen algo más minucioso de la tesis me permitirá dar razón de mi rechazo y, a tal efecto, revisaré seguidamente cada una de esas facultades exorbitantes, exponiendo los argumentos de sus defensores y las razones que me llevan a rechazarla.

1. La prerrogativa interpretativa.

En nuestro ordenamiento existen algunas normas para la interpretación de los contratos, recogidas en el Código de Comercio (arts.295 a 298) para los contratos comerciales y otras, parcialmente coincidentes, en el Código Civil (arts.1297 a 1307) de aplicación general a los demás contratos ⁽¹⁶⁵⁾. Por ende, quienes han trabajado el tema han

161 DELPIAZZO, Carlos E. y RUOCCO, Graciela (Directores) (2013) *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*, tomo I, Montevideo, La Ley Uruguay, p.375; RIVERA, Gonzalo. (2016) La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa en *Revista de Derecho (UCUDAL)*. 2da época. Año 10. N° 14, Montevideo, p.111-142.

162. DELPIAZZO, Carlos E. y RUOCCO, Graciela *Tratado ...tomo I*, p. 222; DURAN MARTINEZ, A. *Ejecución...* p. 67; CAJARVILLE, Juan P. *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II p.447-450.

163 DE CORES, Carlos (2013) El equilibrio en los contratos con la Administración en *Estudios de Derecho Administrativo* N°8, Contratación Administrativa, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 667-688.

164 DURÁN MARTINEZ, Augusto. *Ejecución...* p. 64.

165 Las disposiciones del Código Civil de 1869 coinciden con algunas leves variantes con las del Código de Comercio de 1865. Aunque la doctrina no ha prestado especial atención a esos matices, a mi juicio, es claramente mejor la redacción del codificador comercial, que parece haber sido la que inspiró el trabajo de Gamarra en su Tratado. Así el artículo 296 expresa que *"Siendo necesario interpretar las cláusulas de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: 1°Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes, que el sentido literal de los términos. 2. Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general. 3. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad. 4. Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato. 5. Los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos. 6. El uso y práctica generalmente observada en el comercio, de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato, prevalecerá sobre cualquiera inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras. 7. En los casos*

sido los juristas dedicados al derecho privado ⁽¹⁶⁶⁾, sin haber despertado especial interés entre los administrativistas. Entre quienes se ocuparon del tema desde el derecho público, encontramos voces que discrepan frontalmente con respecto a la prerrogativa interpretativa.

La tesis que afirma la “sustantividad” de los contratos administrativos, sostiene que toda Administración pública tiene, por razones de principio, la potestad de interpretar unilateralmente el contrato con valor obligatorio para su cocontratante.

En algunos países, como España y Colombia, esa facultad tiene respaldo legal con límites más o menos determinados. Así, la ley española establece y regula los derechos y prerrogativas de la Administración en materia contractual, incluyendo “*Interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento*” y explicita que “*el contrato se ejecutará... de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación*” ⁽¹⁶⁷⁾. La ley colombiana, para el supuesto de que exista una discrepancia interpretativa que no haya podido ser resuelta mediante acuerdo y cuya persistencia ponga en riesgo la paralización o afectación grave del servicio público respectivo, habilita a la Administración a interpretar por “*acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia*” ⁽¹⁶⁸⁾.

Soslayando la diferencia, la doctrina que adhiere a la teoría de la sustantividad, admite tal potestad aún en ordenamientos en que no existen tales normas habilitantes,

dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de la liberación”. Le siguen los artículos 297 y 298, que disponen: *Artículo 297. Si se omitiese en la redacción de un contrato, alguna cláusula necesaria para su ejecución, y los interesados no estuviesen conformes, en cuanto al verdadero sentido del compromiso, se presume que se han sujetado a lo que es de uso y práctica en tales casos entre los comerciantes, en el lugar de la ejecución del contrato. Artículo 298: Cuando en el contrato se hubiese usado para designar la moneda, el peso o la medida, de términos genéricos que pueden aplicarse a valores o cantidades diferentes, se entenderá hecha la obligación en aquella especie de moneda, peso o medida, que esté en uso en los contratos de igual naturaleza.*

166 Mucho han trabajado nuestra doctrina y jurisprudencia sobre esas reglas ya que se trata de un problema recurrente en la práctica judicial. Dentro de un panorama general, existen algunos desacuerdos interpretativos que dan cuenta de la permanente revisión que tiene lugar en la labor doctrinaria de los civilistas. Los puntos de desacuerdo actuales están relacionados con algunos tópicos específicos: cuando se trata de interpretar un contrato, ¿estamos indagando el significado de un texto escrito o estamos investigando un hecho que es el o los puntos de coincidencia de las voluntades de los contratantes? En este punto difieren notoriamente los enfoques, entre nosotros, de J. Gamarra y de A. Mariño, al que actualmente se agrega -en la línea de Gamarra- la idea de que la interpretación tiene como objetivo principal descubrir y potenciar el negocio jurídico al que el contrato sirve, a considerar como relevante la operación económica que ha dado lugar a la contratación. GAMARRA, Jorge. (2009) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XVII, 4ª edición, actualizada. p.191-300; MARIÑO, Andrés (1998) La interpretación judicial del contrato en el Derecho uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXVIII, Montevideo, FCU p.599-617; BLENGIO, Juan. (2013) Contrato y operación económica. Primera parte en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo I, Montevideo, FCU, p.31-43.

167 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre de 2011 arts.249 y 305.

168 Ley N° 80 de 28 de octubre de 1993 art.15, transcripto en VAZQUEZ, Cristina. La interpretación... p.41.

considerándola “*de principio*”, como una especie de atributo del poder estatal, implícito en todos los contratos en que sea parte la Administración. De ese modo acepta derechamente criterios legales y opiniones doctrinarias de autores de países cuyos ordenamientos establecen esas facultades exorbitantes y de esta manera defiende la prerrogativa interpretativa.

Entre nosotros es la posición que sostiene actualmente C. Vázquez quien entiende que, por ser la satisfacción del interés público la razón de ser de los contratos públicos, “*el principal criterio de interpretación será precisamente el del “interés público” y, para que ello sea así, es que el ordenamiento concede la prerrogativa unilateral*”. Y citando al autor español J. Rodríguez Arana afirma que “*el ejercicio razonable, mensurado y proporcionado de los poderes administrativos al servicio objetivo del interés general es el gran desafío del moderno Derecho Administrativo*” (169). Citando y ampliando consideraciones vertidas por el Tribunal Supremo de España, argumenta que, por haber sido quien redactó las cláusulas contractuales, la Administración es “*la mejor dotada para conocer su verdadero sentido, de manera que nadie mejor que ella pueda saber la finalidad con que han sido empleadas y, salvo abuso de poder, error o irracionalidad, ...puede acometer la tarea sin propósitos egoístas o partidistas, ya que los agentes que por ella obran en nada se favorecen particularmente*” (170).

Nuestra destacada académica argumenta que los contratos son redactados a partir de pliegos aprobados previamente por la Administración, que es quien también redacta las cláusulas contractuales, por lo que “*por las razones de interés público que señala la doctrina*” es también quien mejor puede interpretar el contrato (171). Agrega que debe hacerlo siguiendo las reglas del derecho común de los contratos “*contenidas en el Código Civil*” pero expresamente excluye la regla de interpretación “*contra proferentem*” -erigida sobre la “*carga de claridad*” de quien la propone y sobre el “*principio de autorresponsabilidad del stipulator*”- diciendo textualmente que: “*Entendemos que, “en principio y conforme al deber-ser según el cual la Administración no puede obrar sino en procura del interés público”*”

169 VAZQUEZ, C. La interpretación de los contratos... p.39; RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. Las prerrogativas de la Administración, p. 795-812.

Disponible: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7496/AD_12_art_42.pdf

170 Tribunal Supremo del Reino de España Sentencia de 29.2.1984 citada por RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, trabajo citado, p. 809.

171 Tribunal Supremo del Reino de España Sentencia de 14.12.1995 -citada por RODRÍGUEZ ARANA, trabajo citado p. 808- ha señalado que “*esta facultad o poder de decisión ejecutoria, objeto, en todo caso de control y revisión jurisdiccional, debe acomodarse a las mismas normas de contratación entre particulares, determinadas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, válidas y eficaces en el ámbito de la contratación administrativa, aunque siempre con la importante matización que supone el interés público presente en tal tipo de contratación*”.

(incluyendo el caso en que redacta los pliegos y contratos que celebra): a) corresponde a la Administración la potestad de interpretación unilateral de dichos contratos y b) no corresponde que, en ejercicio de tal potestad, la Administración interprete en contra del interés público, resultándole por tanto inaplicable el criterio de “interpretatio contra proferentem”. Exhibiendo una fe inquebrantable en la Administración, la autora afirma que la interpretación administrativa no podría hacerse “sino desde la perspectiva del interés público que el Estado representa, repugnando a su naturaleza una interpretación en contra de dicho interés y a favor del interés del contratista” (172).

Sin embargo, la doctrina española citada, ha expresado reparos y destacado los límites de esta potestad, como lo hacen García de Enterría y T. R. Fernández (173) y también J. Rodríguez Arana, al sostener que “... no se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratados sin interrupciones perjudiciales para el interés general” (174) y hasta el Tribunal Supremo ha moderado su interpretación anterior (175). Todos coinciden en que siempre existe posibilidad de rectificar una interpretación errada de la Administración mediante una decisión jurisdiccional. Entre nosotros esa interpretación se concretará en un acto administrativo pasible de acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pudiendo también juzgar la corrección de la interpretación administrativa del contrato el Poder Judicial en las causas que deba conocer dado que le corresponde conocer en la materia contractual.

En su trabajo sobre el derecho administrativo de los contratos, J. P. Cajarville puntualiza que en nuestro ordenamiento no existe “un cuerpo normativo alternativo para la contratación administrativa” -por lo que rige el derecho común- ni tampoco hay disposición expresa que confiera a la Administración la prerrogativa de hacer prevalecer su entendimiento sobre el alcance de lo pactado en los contratos que haya otorgado. Por lo

172 VAZQUEZ, C. La interpretación de los contratos... p. 42.

173 Cita a GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. (2002) *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, Madrid, p. 673 y sgtes. quienes explican que el propósito del legislador español al admitir la facultad de interpretación a la Administración no es otro que “evitar que las posibles divergencias entre la Administración y el contratista puedan traducirse en un perjuicio para el interés público, como inevitablemente ocurriría si, producidas éstas, hubiera de quedar en suspenso la ejecución de la obra o la prestación del servicio hasta tanto se resolviese en firme la controversia por el juez competente. La prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos administrativos así justificada carece, por lo tanto, de todo contenido material o sustantivo. No se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o suministro contratados sin interrupciones perjudiciales para el interés general.” Los autores citados agregan que “... esa facultad interpretativa está sometida a reglas estrictas en garantía de su objetividad” y tales reglas no son otras que las del derecho común.

174 VAZQUEZ, Cristina La interpretación de los contratos ... p.38

175 VAZQUEZ, Cristina La interpretación de los contratos... p.42

que “en el derecho uruguayo los contratos que celebra la Administración deben interpretarse conforme a las normas de interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil” que “recogen principios generales de interpretación de los actos jurídicos de perfeccionamiento bilateral, aplicables a todas sus especies” (176). De ese modo, ante posibles discrepancias interpretativas, debe buscarse, como dispone el Código Civil, la intención común de las partes y para ello, es relevante la conducta de los contratantes, no sólo en la etapa posterior al contrato, sino también de los hechos concomitantes o aún anteriores al otorgamiento (177).

Recuerda que la decisión unilateral de la Administración que pretende interpretar un contrato, no es más que “un simple privilegio procesal”, una interpretación provisional sujeta a la decisión ulterior de un juez (178). Es que entre nosotros todos los actos que dicte la Administración, quedan sujetos a un eventual control jurisdiccional que deberá tener en cuenta principios de legalidad y también la prohibición de actuar en contra de sus propios actos anteriores (*venire contra factum proprium*), lo cual constituye una defensa ante cualquier pretensión interpretativa incorrecta, que conducirá a su revocación por ilegitimidad, a su anulación o a su desaplicación judicial.

Por su parte, C.E. Delpiazzo y G. Ruocco, tras recordar que en nuestro derecho no existen disposiciones específicas acerca de cómo deben interpretarse los contratos otorgados por la Administración, sostienen que “es preciso acudir para hacerlo a las normas generales contenidas básicamente en el Código Civil, las cuales -como es obvio- no refieren exclusivamente a los contratos civiles, sino que recogen principios generales al respecto” (179). En todo caso, algunos principios especiales recogidos por la normativa sobre la actuación estatal podrán operar “de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes”. Se refieren a normas que disponen que el Estado “deberá actuar con: buena fe, flexibilidad, ausencia de ritualismo, materialidad frente al formalismo; publicidad y transparencia; trato igualitario a oferentes y competidores en todo procedimiento competitivo; razonabilidad, veracidad salvo prueba en contrario” (180). Lo cual sería especialmente relevante para fortalecer la

176 CAJARVILLE, Juan Pablo (2008) *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, 2a. ed. ampliada, Montevideo, FCU, p. 346-356. Citas en p. 347, 348 y 349.

177 CAJARVILLE, Juan P. *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, 2a. ed. ampliada, Montevideo, FCU, p. 348.

178 CAJARVILLE, Juan P. *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, 2a. ed. ampliada, p. 347, con cita a GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. (2002) *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, Madrid. p.735.

179 DELPIAZZO, C. y RUOCCO, G. Obra citada (2013) *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Actos y Contratos de la Administración*, tomo I, p.357.

180 TOCAF artículo 149.

corrección de aplicar la interpretación *contra stipulator* o de la protección de la confianza legítima, teoría de los actos propios o *venire contra factum proprium* ⁽¹⁸¹⁾.

Entre nosotros, existen pronunciamientos jurisdiccionales claros al respecto.

La Suprema Corte de Justicia desde hace tiempo viene diciendo que *“aunque es técnicamente exacta la distinción entre normas de derecho público y normas de derecho privado, ello no implica que cada uno de esos conjuntos normativos constituyan ámbitos aislados e incomunicados...el ordenamiento jurídico es un conjunto y no está constituido por compartimientos estancos”* y agrega que para interpretar un contrato debe buscarse la finalidad perseguida por los contratantes, sin ningún atisbo o alusión a que deba preferirse la versión de la Administración ⁽¹⁸²⁾.

Más adelante ha ratificado que la interpretación de las disposiciones contractuales, en tanto normas que vinculan a las partes, constituyen *quæstio iuris*, pasible de ser revisada en casación y ha aplicado las reglas contenidas en el Código Civil, que considera generales para todos los contratos ⁽¹⁸³⁾. En un caso, la interpretación sostenida por la Administración es rechazada invocando el principio de buena fe, por medio del que *“se corrigen o enmiendan las estipulaciones contractuales que no se ajusten a ella”* y recordando que su fundamento son las *“valoraciones que provienen del orden ético social, exigencia de una conducta leal, honesta, escrupulosa, incluso solidaria, con verdadera actitud de cooperación, fiel a la palabra empeñada”* y que operan como límite a la autonomía privada y exigiendo ajustar la conducta a lineamientos morales *“tanto en la ocurrencia de las negociaciones precontractuales, en la etapa de formación y perfeccionamiento del negocio jurídico, así como también en la ejecución o cumplimiento de los compromisos asumidos”* ⁽¹⁸⁴⁾.

En otro caso más reciente, la Suprema Corte, en aplicación de esos criterios, ante la interpretación de una cláusula resolutoria expresa que facultaba a la Administración a resolver el contrato en caso de *“culpa grave”* de la contraparte, ha sostenido que la

181 SCJ N°115 de 30.7.2007.

182 SCJ N°907 de 9.10.96.

183 SCJ N°98 de 26.4.2004. En el caso, *“la controversia se centra básicamente en la diferente interpretación que las partes han dado a la expresión valor de la tarifa del cargo variable residencial por kilocaloría”*...“Lo que las partes pactaron fue una contraprestación por el arriendo de determinados bienes, y lo que está en discusión, es su exacta dimensión económica, en función de la correcta intelección de la cláusula contractual de marras”...“La Corte reiteradamente ha sostenido que la interpretación de los negocios jurídicos constituye una verdadera cuestión de derecho, como tal, sometida al control casatorio, y que para deducir la voluntad contractual, el intérprete debe someter todos los datos a un análisis global y totalizador, examinando no sólo el texto del negocio sino además la declaración que comprende el comportamiento de las partes, las circunstancias, etc. (Cf. sents. Nos. 54/95, 56/93, 141/98).

184 SCJ N°115 de 30.7.2007.

calificación hecha por el ente estatal no puede excluir la revisión jurisdiccional: *“la interpretación de la cláusula ...que propugna la demandada conduciría a privar de validez al contrato celebrado entre las partes ...en tanto la continuidad del contrato (en puridad: de la relación obligacional emergente de aquel) dependería de modo exclusivo de la voluntad de uno de los contrayentes ... quien “a su solo criterio” podría decidir que su contraparte ha incurrido en una “falta grave” que lo habilitaría a proceder a la rescisión, sin posibilidad de posterior contralor de la existencia de la falta y de su gravedad por los órganos jurisdiccionales eventualmente llamados a actuar (en caso de promoverse impugnación judicial por parte de alguno de los contratantes). Tal interpretación de la cláusula, redundaría en la total falta de seriedad del vínculo contractual ...en tanto dejaría el cumplimiento del contrato al arbitrio absoluto de una de las partes”* ⁽¹⁸⁵⁾.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo también ha rechazado la pretensión de excluir la regla *contra stipulator* diciendo, en un caso donde *“resulta palpable el problema de la vaguedad o, más propiamente, de la falta de especificidad del lenguaje utilizado por la Administración en el contrato suscripto, lo que constituye un inconveniente a la hora de llevar adelante la labor interpretativa”*... *“conforme al artículo 1304 del Código Civil, en los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación”* ⁽¹⁸⁶⁾. Y en un pronunciamiento ulterior -que parece admitir genéricamente la teoría de las facultades exorbitantes- respecto de la interpretación contractual sostiene que *“la actividad intelectual reseñada ... no resulta privativa de los contratos civiles, sino también de aquellos contratos administrativos en los que los sujetos pactantes (o alguno de ellos) son órganos estatales y su actividad se desarrolla (en todo o en parte) por disposiciones exorbitantes propias del Derecho Público. Pese a ello, la labor interpretativa del órgano jurisdiccional competente es sustancialmente idéntica y sus consecuencias, como en el caso, pueden derivar en la aplicabilidad de normas de procedimiento o referidas a la forma”* ⁽¹⁸⁷⁾.

De modo que, analizados los argumentos de ambas posiciones, nuestra jurisprudencia es clara en que la mentada prerrogativa de interpretar autoritativamente el contrato y el rechazo de la regla *contra stipulator*, no sólo carecen de justificación normativa sino también de aceptación jurisdiccional. Por el contrario, se afirma que no existe razón

185 SCJ N°169 de 25.6.2020.

186 TCA N°356 de 17.7.2012.

187 TCA N°126 de 13.2.2015.

para que la interpretación de los contratos que otorga la Administración configure una excepción a los principios y reglas generales.

Claro que cualquier contratante puede interpretar el contrato a su manera y actuar como le parezca, pero siempre su contraparte tendrá la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional para controvertir y eventualmente descartar una interpretación equivocada o de mala fe. La única peculiaridad del caso es que la interpretación administrativa, como acto administrativo, aunque sea impugnada, es inmediatamente ejecutable y, si la vía recursiva no logra revertirla, quedan dos vías jurisdiccionales para juzgar la corrección de la conducta de la Administración: la acción anulatoria del acto de interpretación y las acciones judiciales que puedan corresponder para discutir la interpretación cuestionada. Esta opción, derivada de nuestro sistema constitucional de contralor de la actuación administrativa, constituye una garantía de tutela jurisdiccional pero no parece ser una razón suficiente para admitir la validez y vigencia de una prerrogativa exorbitante de la Administración y, menos aún, para sostener la exclusión la regla legal de interpretación *contra stipulator*.

2. La prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato.

La potestad de modificar unilateralmente el contrato aún contra la voluntad del cocontratante -también conocida como *ius variandi*- ha sido generalmente admitida por los administrativistas, sin norma legal o contractual habilitante. El argumento central que la justifica es servir al interés público que ha dado lugar al contrato, de manera que, si en algún momento para cumplir el fin perseguido, requiere cambios, debe admitirse su modificación por decisión administrativa, sin requerir la aceptación del contratista.

Quienes postulan que los contratos que otorgan los entes estatales son sustancialmente distintos a los demás contratos -tesis de la sustantividad o especificidad en sentido fuerte- no ven como problema sostener esta facultad implícita, tácitamente derivada de la calidad de agente del interés público que, siempre e invariablemente, debe imponerse sobre los intereses particulares. Así lo exponen autores rioplatenses que trabajaron en las dos últimas décadas del siglo pasado con gran influencia en esta margen oriental del río, como son Miguel Ángel Berçaitz y Roberto Dromi (¹⁸⁸), quienes, a su vez,

188 BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos* y DROMI, Roberto. *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*.

citan autores que los precedieron como los franceses Maurice Hauriou y George Péguy (189) y el también argentino Miguel S. Marienhoff (190).

Para Hauriou -citado por Berçaitz- la regla es *"rigidez del servicio público, flexibilidad del contrato"* y compartiendo el concepto, Berçaitz agrega que *"el contrato administrativo carece de la rigidez inmutable del contrato de derecho privado"...* porque el interés público, que da causa a los contratos administrativos, no se satisface *"si los supuestos de hecho que se tuvieron presentes al celebrarlo, se modifican en tal forma que las acciones o prestaciones convenidas, se tornan inactuales, inoperantes o contraproducentes para la satisfacción de ese interés"...* *"los contratos celebrados en épocas anteriores por la Administración pública no pueden constituir entonces un obstáculo que imposibilite su reemplazo o su rescisión"...* (191).

Como señalaban Jéze, Péguy y también Bielsa, los contratos administrativos no son inmutables sino que *"llevan ínsita la cláusula rebus sic stantibus, que los integra como uno de sus caracteres más fundamentales, esté pactada o no por escrito"*. Lo que lleva a Héctor J. Escola, a afirmar que la *"inmutabilidad de los términos contractuales, que es estricta en derecho privado, es solo relativa en la órbita de los contratos administrativos"* (192). La Administración siempre *"tiene la potestad de aumentar o reducir la extensión o calidad de las prestaciones que el contrato administrativo impone al cocontratante para ajustarlo a las fluctuaciones que el tiempo y la técnica exigen"*.

El *jus variandi*, permite, especialmente en los contratos de larga duración, ajustarlos a las circunstancias cambiantes, de modo que sea posible salvaguardar el interés público ante cualquier contingencia desfavorable. Claro que esa facultad no permitiría alterar la esencia del objeto ni la ecuación económico-financiera del contrato, límites que identifican como garantías para el contratante particular. De nuevo Escola, citado por Berçaitz, enseña que el grado de mutabilidad de los contratos administrativos queda restringido ya que *"lo estipulado debe respetarse en su esencia, de modo que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención celebrada"* y el propio Berçaitz agrega que *"cuando las variaciones introducidas por la Administración afectan ese interés patrimonial del concontratante rompiendo el equilibrio del convenio, el cocontratante tiene derecho al resarcimiento pertinente que asegure la intangibilidad de su patrimonio"* (193).

189 PEQUIGNOT, George. (1945) *Théorie général du contrat administratif*, Paris, Ed.Pedone.

190 MARIENHOFF, Miguel *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III A.

191 BERÇAITZ, Miguel Ángel (1980) Obra citada p. 347-348 y 391.

192 ESCOLA, Héctor Jorge. (1984) *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma.

193 BERÇAITZ, Miguel Ángel Obra citada (1980), p.351.

Desde la perspectiva de una teoría general del contrato es evidente el conflicto o tensión entre los principios de vinculatoriedad e inmutabilidad del contrato y los que reclaman flexibilidad de los contratos administrativos que permita adaptarlos a circunstancias cambiantes y asegurar la prioridad del interés público sobre el interés privado del contratista.

Como vimos, la cuestión resulta zanjada de modo tajante en este último sentido por quienes adhieren a la tesis de la sustantividad de estos contratos como M. Marienhoff⁽¹⁹⁴⁾, E. Soto Kloss⁽¹⁹⁵⁾, J. C. Cassagne⁽¹⁹⁶⁾ y algo menos tajante por P.J.J. Coviello⁽¹⁹⁷⁾. Entre nosotros, la mejor exponente de esa posición es C. Vázquez, aunque ha encontrado también cierto grado de aceptación entre quienes en principio rechazan las prerrogativas exorbitantes.

En el trabajo reiteradamente citado, nuestra autora insiste en que los entes estatales son contratantes muy particulares, que no pueden ser despojados de su potestad de imperio y, en consecuencia, no debería sorprendernos que puedan ejercer poderes que no tendría otro contratante, como sería -entre otros- el de modificar unilateralmente el contrato si median razones de interés público, debidamente fundadas⁽¹⁹⁸⁾. Citando a G. Ariño Ortiz afirma que *“la Administración no puede renunciar a sus potestades ni cercenar su libertad en la gestión del interés general ... La inmutabilidad del contrato (principio del “contractus-lex”) se ve así matizada, coloreada administrativamente, por la inmutabilidad del fin ...”*⁽¹⁹⁹⁾. Siguiendo al mismo autor, precisa que el *jus variandi* es posible aún sin que haya cambio en las condiciones de su ejecución por razones externas económicas, fiscales, sociales u otras y permite modificaciones internas o intrínsecas del objeto y contenido de las prestaciones contractuales (en su cantidad, calidad, plazo u otras circunstancias que las especifican)⁽²⁰⁰⁾. Recuerda que la doctrina coincide en señalar que el ejercicio de esa facultad siempre lleva como contrapartida la obligación de indemnizar al cocontratante cualquier perjuicio que le cause y sostiene que no existe riesgo de que los derechos del

194 MARIENHOFF, Miguel Santiago. (1970) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

195 SOTO KLOSS, Eduardo (2000) La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásica del contrato en *Revista de Administración Pública* N°86, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 569-584.

196 CASSAGNE, Juan Carlos. (1988) *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

197 COVIELLO, Pedro José Jorge (2011) El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi? en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Perú*, núm. 66, diciembre-junio 2011, p. 169-194.

198 VAZQUEZ, Cristina. La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la Administración.

199 ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968) *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, IEA, p. 225.

200 ARIÑO ORTIZ, G. Obra citada p.263 y sgtes.

otro contratante sean vulnerados porque toda modificación ha de concretarse en el dictado de actos administrativos que, siendo ejecutorios igual son impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tiene facultad de suspender la ejecución del acto impugnado hasta que resuelva el conflicto planteado.

Adoptando una posición que llega a conclusiones similares el Profesor J. P. Cajarville, que admite que los contratos que otorgan los entes estatales son contratos y están sujetos al régimen general -salvo que existan reglas especiales, en leyes o estipulaciones contractuales- consigna que la “*abrumadora mayoría de la doctrina nacional y comparada*” al tiempo que sostiene la eficacia vinculante de los contratos, admite su mutabilidad y destaca que incluso quienes no aceptan la tesis de las prerrogativas exorbitantes -entre los que se cuenta- admiten la modificación unilateral de los contratos por acto administrativo sin el consentimiento de la otra parte ⁽²⁰¹⁾.

Admite que el fundamento estaría en la teoría de los poderes implícitos, que ha rechazado para justificar otras prerrogativas extraordinarias, que la modificación puede referirse a cualquier aspecto del contrato, sin quedar limitada al aspecto cuantitativo previsto expresamente por ley ⁽²⁰²⁾ y que su ejercicio es discrecional -puede decidir las modificaciones que le parezcan más adecuadas para lograr el fin que se propuso- aunque sujeta a las condiciones de legitimidad que rigen para los actos administrativos. En particular, señala que debe estar motivada en razones de interés público frente a circunstancias no conocidas al contratar o supervinientes, que pueden ser muy variadas (modificaciones en las condiciones técnicas de prestación de servicios o de realización de obras, cambios en la situación económica general o particular del sector, modificaciones en la oferta o demanda de servicios similares, modificación del régimen jurídico de la actividad, inidoneidad de los servicios o las obras tal como fueron previstos en el contrato para

201 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, 2a. edición ampliada, p.356-387. Cita p.357. En p. 362 expresa que “*a semejanza de la solución vigente en el derecho comparado, también en el derecho positivo uruguayo debe admitirse, aún en ausencia de norma expresa, la mutabilidad de los contratos celebrados por la Administración, cuando sus estipulaciones obstan al debido cumplimiento de sus cometidos conforme a derecho y a principios de buena administración, en virtud de circunstancias supervinientes o conocidas posteriormente a la celebración del contrato -o de la presentación de las ofertas en el procedimiento competitivo previo- con la finalidad de posibilitar la satisfacción del interés público perseguido al contratar*”. Y agrega que la potestad administrativa de modificar un contrato es “*conforme al principio de los poderes implícitos*” de la Administración y, por ende, “*deberá... reconocerse al órgano contratante aún a falta de texto expreso cuando por motivos supervinientes que serán los que justifiquen el ejercicio de tal potestad, sus términos impidan a la Administración cumplir conforme a derecho y a criterios de buena administración el cometido para el cual aquél se celebró*”. No deja de ser curioso que Cajarville justifique esta prerrogativa -que excepciona el régimen general de los contratos- con un argumento que ha rechazado como justificación de otras prerrogativas: la teoría de los poderes implícitos de la Administración para cumplir cometidos asignados.

202 TOCAF art.74 (Ley N°15.903 de 10.11.1987 art.517, redacción dada por Ley N°16.320 de 1.11.1992 art.400) y Ley N°19.149 de 23.10.2013; y Ley N°18.786 de 19.6.2011 art.47.

alcanzar el fin querido, etc.) Sostiene que entonces, la Administración tiene el deber de modificar lo acordado, para “*subsana esa ineptitud para lograr las necesidades de interés público a que el contrato está instrumentalmente destinado*” (203). Lo único vedado sería “*la esencia del objeto del contrato y las cláusulas de contenido patrimonial*” en particular, el precio que como derecho del contratista “*no puede ser desconocido ni afectado por acto unilateral de la Administración*” (204).

Finalmente, insiste en que la modificación por acto administrativo queda siempre sujeta a control jurisdiccional ulterior, que deberá examinar si han mediado o no las condiciones que habilitan el cambio (205) Como tales condiciones no están predeterminadas, el órgano jurisdiccional se encuentra ante cierto margen de indeterminación que deberá resolver.

La posición contraria ha sido defendida por A. Durán Martínez y C.E. Delpiazzo que resisten la idea de que la Administración pueda tener la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato más allá de la que permiten los textos legales habilitantes, aunque fuera para ajustarlo mejor a los fines pretendidos al contratar.

Durán se ha manifestado reiteradamente defensor del valor vinculante del contrato y contrario a la tesis de las potestades exorbitantes: “*nos parece incompatible una potestad de modificación unilateral de principio, con el efecto vinculante de los contratos que, como hemos visto, deriva de la misma esencia del contrato*” (206). En ese enfoque “*cualquier acto o hecho de la Administración...que tenga por objeto modificar un contrato constituye un incumplimiento contractual y resulta ilegítimo*” (207) y, por desconocer reglas de derecho - como son las cláusulas contractuales- el acto de modificación debería ser anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (208).

Sin embargo, admite cierta mutación en los contratos de larga duración porque tales contratos deben considerarse pactados *rebus sic stantibus* y pueden mediar circunstancias que justifiquen ajustes, como si sobrevinieran cambios ajenos a la relación entre las partes que alteraran el intercambio originalmente pactado e hicieran necesario recomponer el sinalagma originario para conservar el contrato (209). De todos modos, estima que hay

203 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, p.368.

204 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, p.370.

205 Sería un *acto separable de los contratos* y según Decreto-Ley N°15.524 art. 23 literal b) cabe el control anulador del TCA.

206 DURAN MARTINEZ, A. Trabajo citado (1989). Ejecución de los contratos administrativos...p. 64.

207 DURAN MARTINEZ, A. Trabajo citado (1989). Ejecución de los contratos administrativos p.66.

208 DURAN MARTINEZ, A. Trabajo citado (1989) Ejecución de los contratos administrativos, p.73.

209 DURAN MARTINEZ, A. Trabajo citado (1989) Ejecución de los contratos administrativos, p.59-75.

límites infranqueables a cualquier decisión unilateral modificativa que se adopte por acto administrativo -mantener la esencia del contrato y la ecuación económica- y siempre cabe el control jurisdiccional de la legitimidad de esa decisión.

Se refiere especialmente a situaciones como el llamado *hecho del príncipe* o las *sujeciones imprevistas* o el acaecimiento de hechos no previstos que deterioran el equilibrio económico de los contratos, supuestos en que se verifican contingencias “*originadas en causas externas a la relación (contractual) que provocan alteraciones que inciden directamente en la ejecución (cumplimiento) del contrato*”, ante las cuales el único camino posible es renegociar para acordar una recomposición ⁽²¹⁰⁾. De ese modo no sería estrictamente una modificación unilateral del contrato y, aunque se hiciera por acto administrativo unilateral estaría justificada y no podría considerarse incumplimiento del contrato.

También refiere, como otra situación en que podrían admitirse modificaciones del contrato para atender razones de utilidad o conveniencia de la Administración, a los contratos de concesión de obra pública que, siguiendo a Berçaitz, califica como contratos de obra, de cumplimiento dilatado en el tiempo, en los que el comitente tiene la facultad de modificar la obra encargada pagando la correspondiente contraprestación.

Desde la óptica civilista, J. Sánchez Fontáns advertía diferencias entre el contrato de obra pública y el contrato de construcción privado y rechazaba la tesis francesa del contrato administrativo, según la cual “*la Administración puede...introducir unilateralmente modificaciones en los trabajos proyectados*” ⁽²¹¹⁾. El recordado civilista observaba que el derecho del comitente a introducir modificaciones en la obra es posible en un contrato entre particulares siempre que el comitente se haya reservado esa facultad “*por cláusula especial en el contrato*” lo que “*impone al constructor la obligación de realizarlas*” ⁽²¹²⁾.

De la lectura de las disposiciones que regulan el arrendamiento de obra no surge esa facultad -por lo cual necesitaría pacto expreso- pero, como más tarde observa Gamarra, si bien “*por principio general las partes deben ajustarse a lo pactado...en este contrato se admite que el comitente pueda disponer modificaciones de detalle (en la obra) aún con prescindencia de la voluntad del locador, siempre que ello no vuelva más onerosa la obligación de éste*” ⁽²¹³⁾. Lo cual probablemente pueda justificarse en el principio de que los

210 DELPIAZZO, C.E. y RUOCCO, G. *Tratado Jurisprudencial...* tomo II, p.1481.

211 SANCHEZ FONTANS, José. (1953) *El contrato de construcción*, tomo I, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Dice el autor (p.240) “*Consideramos improcedente calificar al contrato de obra pública como contrato administrativo a los efectos de sustraerlo al régimen de derecho civil*”.

212 SANCHEZ FONTANS, José. Obra citada, p. 243.

213 GAMARRA, Jorge. (1969) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo I, 2a.ed. p.214.

contratos deben ejecutarse de buena fe y eso implica que obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a los usos en la materia ⁽²¹⁴⁾.

El problema es interesante respecto de la contratación de servicios personales, que es un típico contrato de cumplimiento continuado en el tiempo ⁽²¹⁵⁾, en el que la normativa no establece potestad unilateral para modificar lo acordado. Su proximidad a los contratos de arrendamiento de servicios o de trabajo permite que la Administración contratante pueda dar directivas sobre el trabajo a realizar e incluso pueda plantearse la procedencia del *jus variandi* pero entiendo que, o bien estamos ante el resultado de cierto margen de indeterminación del objeto del contrato -de las tareas a realizar- o se trata del poder de dirección del cumplimiento que se reconoce a quien contrata los servicios o el trabajo subordinado de otra persona ⁽²¹⁶⁾.

La postura más radicalmente contraria a la prerrogativa de modificación unilateral del contrato es la de C.E. Delpiazzo que, en principio, la rechaza y señala que, en último caso, su ámbito de aplicación se reduce a la situación en que la prestación del servicio tal como fue pactada se vea gravemente comprometida y, según de la índole de la cláusula que sea afectada, podría llegar a aceptarse o no ⁽²¹⁷⁾, recordándonos que quienes admiten esa potestad de modificación unilateral han sostenido siempre tiene límites: no debe “*alterar la esencia del objeto del contrato*” y debe “*mantener el equilibrio o ecuación económica del contrato*”.

Sostiene que tal poder de modificación unilateral del contrato no existe si no ha sido previsto, por vía legal, reglamentaria o contractual -que incluye pliego y contrato- y fuera de

214 La única disposición legal que refiere a modificaciones en el arrendamiento de obra está pensada para proteger al comitente y por eso exige al empresario o arrendador de obra, orden escrita y precio convenido para los trabajos adicionales. Por tanto, sabemos que no están permitidas modificaciones que no sean consentidas por quien encargó la obra, pero nada indica que toda vez que el comitente solicite trabajos adicionales el empresario arrendador esté obligado a hacerlas. La ley civil guarda silencio al respecto y, si tuviéramos que resolverlo, más allá de considerar que razonablemente el empresario aceptará hacerlas, no parece que pueda estar obligado a ello. El tema ha sido abordado por LARRAÑAGA, Luis. (2014) Los adicionales en el contrato de construcción en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo II, Montevideo, FCU, p.125-136, que ha dicho que “*Aún cuando no se hubiera pactado en el contrato la facultad del comitente de ordenar o proponer adicionales, los mismos pueden resultar aceptados por el contratista durante el período de ejecución*” (cita p.132) lo que nos reafirma que el contratista no estaría obligado a hacer trabajos que no estuvieran acordados y no sean necesarios para realizar la obra contratada. Salvo que se sostenga, por el principio de buena fe, que tal obligación se infiere de los usos en la materia. Cabe preguntarse si la respuesta sería igual si se tratara de modificar un contrato de servicios personales, ampliando las tareas o el horario pactado. De todos modos, en la contratación pública, a falta de una norma especial habría que estar a las soluciones generales y particulares de la regulación de los contratos de que se trate, en lugar de postular prerrogativas implícitas.

215 La concesión de obra pública -como el arrendamiento de obra- no debería ser calificado como contrato de cumplimiento continuado sino de cumplimiento instantáneo, aunque diferido en el tiempo.

216 DELPIAZZO, Carlos E. Obra citada (1999) Contratación Administrativa, p.429-435.

217 DELPIAZZO, Carlos E. Obra citada (1999) Contratación Administrativa, p.397.

esos casos la Administración siempre necesita llegar a un acuerdo para modificar lo pactado y, si no lo consigue, *“debe ser el juez quien disponga lo conveniente”* (218). En sustento de sus afirmaciones invoca la Constitución Nacional según la cual los derechos de las personas no pueden alterados sino mediante ley justificada en razones de interés general, agregando que una afectación injustificada de derechos sería violatoria del principio de igualdad y da lugar a reparación del daño. La modificación unilateral es violatoria del principio vinculante y el de buena fe recogidos por el Código Civil arts. 1253 y 1291 y la disposición del Decreto-Ley N°15.524 art.23 literal a) que habilita la anulación de actos administrativos contrarios a una *“regla de derecho”*, como sería el contrato. De modo que las únicas modificaciones posibles son las admitidas expresamente por leyes especiales (219).

En jurisprudencia, hacia fines de los noventa, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en dos sentencias sostuvo que la Administración no podía variar el precio fijado en un contrato: *“el precio... al haber sido objeto de EXPRESA CONVENCION, no puede ser mutado UNILATERALMENTE por el concedente (arts. 1247, 1253, 1291 y ccs., Código Civil)”...es claro que, entre los supuestos de “violación de la regla de derecho”, se incluye la vulneración de una norma (estipulación) contractual (art. 23, literal “a”, DL 15.524)”...“Y este acto, además de violentar un principio de seguridad jurídica, como también anota certeramente el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 49), implica alteración ilegítima de la “ecuación económico-financiera” del contrato, acarreado su inexcusable nulidad (v. GIORGI, Héctor: “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Montevideo, 1958, págs. 54-58).” Agrega que “el acto... es perfectamente separable del contrato básico y vinculante (art. 23, literal “b”, DL 15.524), lo que lo torna PROCESABLE ante esta Sede.”* (220). En la misma línea, dijo que *“las cláusulas que*

218 DELPIAZZO, Carlos E. (1999) *Contratación administrativa*, p.216-218; DELPIAZZO, C.E. y RUOCCO, G. (2013) *Tratado Jurisprudencial ...tomo I*, p. 338-340 y 217.

219 En una línea similar parece situarse CACERES COUTO, Ana María (2013) *Modificación de los contratos públicos en Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, tomo I. DELPIAZZO, C.E. Coordinador, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.437-459. Luego de señalar que *“los contratos públicos tienen efecto vinculante entre las partes, son inmutables y toda modificación y rescisión unilateral sin ley formal habilitante está vedada y de disponerse es susceptible de la acción anulatoria”* y que *“nuestro ordenamiento constitucional no ofrece al interés público una dimensión o intensidad tal, que permita a la Administración la modificación unilateral (de) los contratos que celebra, por cuanto el reconocimiento de tal potestad pone en riesgo ni más ni menos que el concepto de libertad”*, termina sosteniendo que, como no hay norma prohibitiva de la modificación, según los principios generales de la contratación administrativa recogidos por el TOCAF en su artículo 149, por acuerdo de partes siempre sería posible la modificación .

220 TCA N°964 de 1.9.99 y N°1226 de 5.11.1999. Allí, citando a Marienhoff, el Tribunal indica que *“los contratos “administrativos” siguen siendo o constituyendo la “ley de las partes”, va de suyo que éstas tienen el derecho recíproco de exigirse las prestaciones a que se han obligado; pero también en este ámbito del*

conforman los contratos, son normas jurídicas en la medida que conforme a la regla que consagran los arts. 209 del C. de Comercio y 1.291 del C. Civil (principio de asimilación del contrato a la Ley) constituyen normas que vinculan a las partes como la Ley misma” (221).

Por su parte, tampoco la Suprema Corte de Justicia admitió la modificación del régimen de reajuste del precio que había sido pactado, rechazando el argumento de que un decreto dictado posteriormente con carácter general sustituyera la previsión que constaba en el pliego. Dijo que:

“La estipulación contractual, hasta tanto no sea legítimamente modificada, por voluntad bilateral o por así imponerlo una decisión jurisdiccional ordinaria o contencioso administrativa anulatoria, es una regla de derecho aplicable; que sigue teniendo existencia jurídica (y, por consecuencia validez) ... en relación al tema que regula (el reajuste del precio)” ... Impone así el respeto del pliego, “cuyas disposiciones, por virtud de su incorporación al contrato, pasaron a ser la Ley de las partes” no siendo aceptable “admitir que la Administración -parte del contrato- por sí sola y contrariando lo que surge de la debida armonización de lo dispuesto en los arts. 1.253, 1.291 y 1.294 C. Civil, puede variar, unilateral y obligatoriamente, de modo legítimo, los términos del contrato. (222).

Poco después, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, citando a Sayagués Laso, sostuvo que *“las potestades excepcionales que posee la Administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos no pueden significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés, la ecuación financiera del contrato. Dicho objeto se alcanza de distintas maneras: negando a la Administración el derecho a modificar las cláusulas de contenido puramente patrimonial; resarcido al contratante los perjuicios que le causen las modificaciones, ampliaciones o supresiones dispuestas por la*

*derecho “debe respetarse la convención de las partes”, cualquiera sea la especie de contrato administrativo que se considere (“Tratado de Derecho Administrativo”, t. III - A, ed. Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1994, pág. 350; No. 715) (v. igualmente: págs. 333/334, No. 711)”. Y citando a Durán Martínez, agrega que “de la interpretación armónica de los arts. 7, 10, 32, y 72 de la Constitución; 1291 del Código Civil; y 23, literal “a”, del DL 15.524, surge que los contratos administrativos tienen efecto vinculante entre las partes, son inmutables y toda modificación y rescisión unilateral sin ley formal habilitante está vedado, por lo que, de disponerse, el acto respectivo es susceptible de la acción anulatoria (“Ejecución de los Contratos Administrativos...”, págs. 59 y sgtes., especialmente pág. 75, en Contratación Administrativa, Curso de Graduados, ed. F.C.U., 1988).” Disponibles: www.tca.gub.uy
221 SCJ N°115/07 y N°286 de 29.6.2009.*

222 SCJ N°225 de 12.5.1995. Disponible: www.bjn.poderjudicial.gub.uy. En el caso una empresa pretendía modificar el sistema pactado para el ajuste de tarifas de un servicio público en base a un decreto dictado posteriormente como norma general de ajuste de tarifas. La Corte entendió que esa norma general no modificaba la estipulación contractual.

Administración; responsabilizando a ésta por el incumplimiento de sus obligaciones, etc.” (223).

Muy pronto, la Suprema Corte sigue esa tendencia, diciendo que: *“Cuando el Estado contrata con el particular debe ajustarse a los principios generales de la contratación, es decir, buena fe y equidad. No hay duda que posteriormente podría modificar las condiciones contractuales, en virtud del interés colectivo: si bien, en todo caso, si actuando de tal modo, alterara las bases económicas del contrato, es claro que deberá indemnizar al particular. Este no puede verse afectado en su patrimonio, en función del interés general; debe aceptar si la modificación, pero recibiendo la condigna reparación”* (224).

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo fija su criterio a partir de una discordia en la sentencia N°1022 de 9.11.1998 y, poco tiempo después, expresa que: *“la doctrina especializada admite... la posibilidad de que la Administración introduzca modificaciones a la realidad contractual, cuando operan razones de interés general”* y, en el caso, *“la mencionada obligación, es evidente que no entraña una modificación unilateral de las obligaciones emergentes del contrato, ni altera el equilibrio económico del mismo”...“la variante introducida, no afecta la igualdad de los contratantes”* de modo que *“la modificación contractual, objetada por la parte actora, es propia de las potestades de contralor en la ejecución del contrato y claramente no implican ninguna modificación sustantiva del objeto del mismo”* (225).

De modo que se observa en la jurisprudencia un cierto cambio de actitud en cuanto a la modificación unilateral del contrato siempre que se conserve el equilibrio económico, sea ajustando precio o resarcido perjuicios.

Entiendo que este panorama exige algunas puntualizaciones.

La primera, es que no es discutible la posibilidad de modificar estipulaciones contractuales cuando se alcance acuerdo entre ambas partes (226), y si la modificación del

223 TAC 5° Sentencia N°73/1996 del 31.7.1996. Ministros L. Van Rompaey, C. Rochón y G. Barcelona.

224 SCJ N°157 de 17.8.1998. Disponible: www.bjn.poderjudicial.gub.uy

225 TCA N°9 de 5.2.2013. Citando a Cassagne en *Revista de Derecho. Administrativo* -año 6- No.15/16, p. 165-166, el Tribunal expresa que *“esa compatibilidad entre la potestad modificatoria y el principio de inalterabilidad, es la que permite que la Administración introduzca modificaciones a los contratos, ante el cambio de circunstancias para cumplir con la finalidad perseguida, lo que será lícito y justo en cuanto las modificaciones fueran objetivamente necesarias, esto es, cualquiera que hubiera sido el contratista seleccionado en condiciones normales y en la medida en que no se suprima el riesgo empresario”*.

226 TCA N°464 de 4.8.2016: *“Como enseña CAJARVILLE, la Administración puede acordar, durante la ejecución del contrato, la modificación del contrato que la vincula con su cocontratante. En estos casos, un nuevo acto contractual -expreso o implícito como en este caso- sustituirá en lo pertinente las previsiones del anterior (Cf. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Sobre contratación de la Administración” en “Sobre Derecho Administrativo”, T. II, Montevideo, 2008, págs. 362/363)”*.

contrato pudiera afectar intereses legítimos de terceros -p.ej. otros oferentes en el procedimiento competitivo que terminó con la adjudicación a ese participante- ciertamente no afecta la subsistencia del contrato ni la validez de la modificación consentida, aunque pudiera dar lugar a responsabilidad estatal por una posible violación del principio de igualdad. La precisión sólo es pertinente porque en ocasiones pasadas el Tribunal de Cuentas objetó la legalidad de acordar modificaciones a los contratos invocando el interés de terceros ⁽²²⁷⁾. Como observa Meilán Gil es preciso distinguir entre la relación contractual y los efectos que las decisiones administrativas puedan tener para los terceros ⁽²²⁸⁾.

La segunda precisión es que tampoco es discutible la modificación unilateral en los casos en que la facultad está prevista expresamente, en leyes, en pliegos de condiciones generales o particulares, en el texto que documenta el acuerdo contractual, lo que hoy es preceptivo en algunos tipos contractuales ⁽²²⁹⁾. En cambio, no es un argumento aceptable para sostener prerrogativas no recogidas en nuestro derecho, las opiniones de los autores referidas a ordenamientos donde tales potestades están previstas y reguladas por leyes expresas ⁽²³⁰⁾.

Es cierto que en nuestro derecho existen disposiciones especiales y sólo cabe discutir la interpretación de su significado y alcance. Disposiciones legales recogidas en el TOCAF 2012 (actualización 2014) establecen la facultad de la Administración contratante de modificar el *quantum* del objeto de la prestación -que implica modificar el precio del contrato- dentro de ciertos límites: disminuirlo hasta el 10% o aumentarlo hasta el 20% del valor originalmente pactado ⁽²³¹⁾. Para algunos intérpretes como J. P. Cajarville podrían

227 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo *Sobre derecho administrativo*, tomo II, p.356-357.

228 MEILAN GIL, José Luis. Un meeting point...

229 Ley N°18.786 de 19.7.2011 lo exige para los contratos de participación público privada en sus arts.17 literal i y 47 a 49. Sobre el régimen especial de estos contratos: VAZQUEZ, Cristina (2011) *El Régimen de Participación Público-Privada*, Montevideo, Amalio Fernández; DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador) (2012). *Comentarios a la Ley de participación público privada*, Montevideo, Universidad de Montevideo.

230 Sobre las estrategias empleadas en otros ordenamientos MEILAN GIL, José Luis. Un meeting point... En un amplio y documentado estudio este autor español, contrario a la recepción de las prerrogativas especiales, señala que, desde posiciones constitucionales distintas, como la francesa y la americana, se admite la posibilidad de modificar los contratos, pero la diferencia es significativa. En el caso francés se parte de la *potestas variandi* de la Administración; en el americano, las modificaciones se realizan sin alterar el contrato, se entiende que se encuentran ínsitas en el contrato y "*por eso la jurisprudencia insiste en indagar cuál fue la voluntad del government en el concreto covenant, en cómo fue convenido*". En suma, en el modelo francés se impone una potestad ajena al contrato que se manifiesta mediante un acto ejecutivo y supone la desigualdad de las partes. Ese modelo no es aceptado, por diferentes motivos en Alemania ni en el *common law*, no es de aceptación universal.

231 TOCAF 2012 (actualizado a 2014) Art. 74º. *Las prestaciones objeto de contratos podrán aumentarse o disminuirse, respetando sus condiciones y modalidades y con adecuación de los plazos respectivos, hasta un máximo del 20% (veinte por ciento) o del 10% (diez por ciento) de su valor original en uno y otro caso y siempre que el monto definitivo no sobrepase el límite máximo de aprobación para el cual está facultada la respectiva autoridad. Cuando exceda ese límite deberá recabarse la aprobación previa de la autoridad competente. También podrán aumentarse o disminuirse en las proporciones que sea de interés para la Administración y que excedan de las antes indicadas, con acuerdo del adjudicatario y en las mismas*

admitirse otras modificaciones: tras calificar la autorización legal como “*muy limitada*”, sostiene que no puede razonarse *a contrario*, asumiendo que se trata de una excepción a un principio porque en tal caso habría de que demostrar que existe un principio prohibitivo (232). En cambio C.E. Delpiazzo sostiene que se trata de una norma de excepción al principio que establece el carácter vinculante de los contratos, que prohíbe que una de las partes pueda alterarlo por su sola voluntad, por lo que la autorización es de interpretación estricta. Por mi parte, coincido con esta posición por entender que se trata de una regla especial que permite exceptuar normas generales del derecho común de los contratos.

Entiendo que, fuera de los supuestos indicados, una modificación por acto administrativo unilateral es inaceptable en el marco de una teoría contractual. Si se aceptara la modificación unilateral sin norma ni pacto habilitante se desnaturaliza la idea de contrato.

La tercera observación es que una rápida mirada sobre lo que ocurre en otros países nos muestra diversos ensayos para conciliar el respeto a lo acordado con cierta flexibilidad en la etapa de ejecución, en especial cuando supone transcurso del tiempo y cambio de circunstancias.

Una de las estrategias es revalorizar el concepto *rebus sic stantibus* señalado por A. Durán Martínez. Otra es apelar, como la jurisprudencia norteamericana, a una interpretación laxa de la *contract clause*, cuya finalidad es “*estimular el comercio y el crédito proporcionando la confianza en la estabilidad de las obligaciones contractuales*” pero que nunca sería excluyente del *impairment*, que asume que, las obligaciones contractuales llevan implícito que un gobierno mantiene siempre la autoridad necesaria para asegurar la paz y el buen orden de la sociedad. El argumento es que la posibilidad de hacer valer el

condiciones preestablecidas en materia de su aprobación. En ningún caso los aumentos podrán exceder el 100% (cien por ciento) del objeto del contrato.

Fuente: Ley No. 15.903 de 10.11.1987 art.517, en redacción dada por Ley N°16.320 de 1.11.1992 art. 400; y Ley N°19.149 de 23.10.2013 art.21: *Facúltase a las administraciones públicas estatales que utilicen la modalidad de contratación prevista en el artículo 36 del Texto Ordenado de la Contabilidad y Administración Financiera del Estado (TOCAF) y a la Unidad Centralizada de Adquisiciones creada por la Ley N°18.172, de 31 de agosto de 2007, a establecer cantidades máximas y mínimas a adquirir, no siendo de aplicación los límites establecidos al respecto en el artículo 74 del TOCAF. Del uso de dicha facultad se dejará constancia expresa en el Pliego de Condiciones Particulares. TOCAF Art.71: Facúltase al Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado, a establecer regímenes de actualización del precio de los contratos según su naturaleza, y un régimen de pago contado o el pago de intereses y recargos de mora para el caso de incumplimiento en el plazo de pago de las contrataciones estatales. El compromiso correspondiente se registrará por lo establecido en el inciso tercero del Artículo 14 del presente Texto Ordenado, debiendo la Contaduría correspondiente efectuar las debidas provisiones. Los intereses de mora originados por incumplimiento del plazo de las contrataciones estatales solicitadas con la condición de precio contado establecido en esta ley, serán abonadas con cargo al mismo rubro que los originó. Las demás Administraciones públicas estatales podrán aplicar este régimen.*

Fuente: Ley N° 15.903 de 10.11.1987 que creó la Agencia de Compras y Contrataciones Estatales (ACCE); Ley N.º 16.170 de 28.12.1990 art.658 y Ley N°18.834 de 4.11.2011 art.43.
232 CAJARVILLE, J.P. *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II p. 360-361.

impairment forma parte del acuerdo contractual, por lo que no sería una alteración del contrato ni su destrucción, sino la facultad de compatibilizarlo con posibles otras necesidades que debe atender el Estado ⁽²³³⁾.

Probablemente, entre nosotros podría argumentarse que el principio de buena fe obliga a aceptar modificaciones conformes al uso o la equidad o, por lo menos, si hay buenas razones, a aceptar una negociación tendiente a adaptar lo acordado. Pero en todo caso, siempre sería necesario acuerdo de partes, expreso o tácito.

Por último, es indiscutible que la Administración puede dictar actos administrativos con el propósito y el contenido que le parezca necesario, conveniente o útil. Eso no obliga a aceptar la tesis de que un acto administrativo unilateral -dotado de autoridad, inmediatamente ejecutable y motivado en buenas razones- tenga como efecto modificar un contrato bilateral acordado de manera vinculante para ambas partes. Toda vez que la otra parte no consienta, expresa o tácitamente, la modificación, no estará contractualmente obligada, sino que podrá estarlo *prima facie*, por un acto administrativo que, como acto de voluntad unilateral que produce efectos jurídicos, se sitúa fuera del marco contractual y genera obligación de indemnizar el perjuicio que pueda haber causado, no con fundamento en el contrato sino en el principio general de responsabilidad reparatoria por actos administrativos que surge de nuestro texto constitucional ⁽²³⁴⁾. El acto unilateral podrá ser legítimo o no según juzgue el órgano jurisdiccional competente tras el análisis de las razones que lo motivaron. Pero desde la perspectiva del contrato será, en todo caso, un incumplimiento eventualmente justificado.

3. La prerrogativa de dirección y control.

Es la potestad de dirigir y controlar el cumplimiento del contrato por parte del contratante particular. Para quienes sostienen la sustantividad, como el reiteradamente citado M.A. Berçaitz, se trata de una prerrogativa que existe *“aunque nada diga el contrato y aún cuando diga lo contrario, porque es una facultad de orden público, no una facultad renunciabile”* y se justifica porque *“la desigualdad jurídica en que se hallan las partes y que caracteriza al vínculo como una relación de subordinación... produce un efecto especialísimo que consiste en un régimen particular de control y dirección sobre la forma en que el cocontratante cumple las obligaciones a su cargo”* ⁽²³⁵⁾. Si la Administración delega en un tercero colaborador la ejecución de un servicio a su cargo, no puede

233 MEILAN GIL, José Luis. Trabajo citado (2016) Un meeting point...

234 Constitución art.24.

235 BERÇAITZ, Miguel Ángel (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a.ed. Buenos Aires, Depalma, p. 366.

desentenderse, sino que, como sostiene León Blum, *"...sigue garantizando la ejecución del servicio frente a la universalidad de los ciudadanos. Continúa siendo responsable de la seguridad pública que una ejecución inhábil del servicio puede comprometer"* por lo que, entiende Berçaitz, *"debe por sobre todas las cosas, asegurar de manera general, regular, continua y uniforme la prestación de los servicios públicos o la satisfacción de las necesidades colectivas"* (236). El ejercicio de esta facultad se plantea especialmente en contratos de ejecución continuada en el tiempo.

Explica J. Rodríguez Arana, que ese poder de dirección y control de la Administración durante la etapa de cumplimiento del contrato tiene el propósito de optimizar la ejecución del cometido asignado al contratista y -según lo previsto por la ley española- *"comprende lógicamente la impartición de órdenes o instrucciones por parte de la Administración al contratista, que éste debe cumplir en todo caso, salvo que entienda que dichos poderes son arbitrarios o van directamente contra el propio interés público insito en la obra pública o servicio público de que se trate"* (237).

Sayagués Laso ha dicho que el poder de dirección y contralor del servicio que pone a cargo del contratista siempre corresponde a la Administración concedente y le permite *"exigir al concesionario la prestación del servicio en las mejores condiciones posibles y fiscalizar los aspectos técnicos, comerciales y financieros de la explotación"* (238).

De modo que el contralor puede ser particularmente intenso y abarcaría cuatro aspectos: a) determinar si el cumplimiento es técnicamente correcto; b) si el contratista cumple exactamente lo que el contrato le exige; c) si cumple cabalmente las normas jurídicas vigentes y d) si cumple regularmente con todos los aspectos económico-financieros.

En ese esquema, el contratista no sólo debe cumplir las reglas generales que regulan su actividad empresarial (normativa específica de la actividad y normativa general sobre pago de proveedores y dependientes, obligaciones de seguridad social, tributarias, etc.) sino también las reglas establecidas por el contrato (p.ej. ajustes de tarifas) y, además, atender las instrucciones específicas que reciba de la Administración durante el cumplimiento del contrato (variaciones en las obras, cambio de materiales, cambio de personal, etc.), aun cuando esté en desacuerdo y pueda considerarlas excesivas. Y no

236 BERÇAITZ, M.A. Obra citada (1980), p.367.

237 RODRIGUEZ ARANA, J. Las prerrogativas de la Administración... p.804.

238 SAYAGUES LASO, E. *Tratado...* tomo II, 4a.ed. p.54.

podrá impedir la inspección y examen de su contabilidad ni oponer el secreto profesional o inviolabilidad de los papeles privados o de la correspondencia.

Es claro que se mezclan así dos prerrogativas distintas atribuidas a la Administración. Por un lado, el poder de controlar el cumplimiento de la normativa general en cuanto a las condiciones de cualquier actividad empresarial -condiciones de trabajo, seguridad, aportes sociales, pago de tributos... que no dependen de la existencia de una relación contractual. Por otro lado, la de dirigir la ejecución del contrato y la de fiscalizar el cumplimiento de las directivas que haya impartido sobre aspectos materiales, técnicos y financieros -entre otros- para lograr la mejor realización de la obra o servicio a cargo del particular contratado. En tanto la primera se resuelve como actividad administrativa de contralor general -policía administrativa- y se expresa en actos administrativos típicos, separables del contrato, la segunda afecta directamente la relación contractual.

Para el supuesto en que en el pliego o contrato estuviera expresamente pactado, Delpiazzo señala que igual es una facultad sujeta a limitaciones: procede en situaciones en que se haya acordado como modalidad de trabajo que la Administración vaya impartiendo instrucciones y analizando el cumplimiento a medida que avance la ejecución, instrucciones que el contratista siempre podrá discutir con derecho a un pronunciamiento judicial ulterior, o bien cuando el contratista manifieste dudas sobre el modo de proceder y ofrezca alternativas dentro de lo pactado en el contrato dando a la Administración la posibilidad de optar. Fuera de esos casos, lo que opera es la potestad administrativa de autotutela inmediata, que obliga a los administrados -incluyendo al contratista- y pone de cargo del perjudicado la impugnación del acto administrativo unilateral.

La conclusión de Delpiazzo es categórica: *“si no hay previsión legal, reglamentaria o contractual, no es posible el ejercicio de poderes de dirección o de fiscalización porque no son poderes que la Administración tenga por el solo hecho de ser Administración, sino que requieren de fundamento jurídico positivo”* (239). No podría admitirse esa prerrogativa como efecto de una hipotética desigualdad que genere *subordinación jurídica* del contratante privado, porque no existe normativa que permita sustentar tales afirmaciones.

Por mi parte, comparto este enfoque, sin dejar de recordar que en algunos tipos contractuales la facultad de impartir tales directivas está especialmente prevista por ley (240) y en otros resulta admisible por la naturaleza de las obligaciones que asume el contratado,

239 DELPIAZZO, C.E. *Contratación administrativa*, p. 215.

240 Es el caso de los contratos de participación público privada en que la Ley N° 18.786 de 19.7.2011 lo prevé en el art.17 literal G) y los arts. 39 a 41.

como ocurre en algunos supuestos de contratación de servicios personales, como los arrendamientos de servicios y contratos de función pública, en los que la prestación asumida por el contratado es la realización de tareas según instrucciones y órdenes de la Administración. La eventual falta de acatamiento de instrucciones u órdenes se traduce -en todos los casos- en incumplimiento contractual, con distintas consecuencias, normalmente actos administrativos de sanción, que pueden llegar a la rescisión del contrato.

En cuanto a la jurisprudencia, es admitido ese poder de dirección, como puede verse en la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo antes citada, que da por legítima *“las potestades de contralor en la ejecución del contrato”* ⁽²⁴¹⁾.

4. La prerrogativa del poder disciplinario.

En la misma línea de razonamiento, se incluye la prerrogativa del poder disciplinario que se atribuye la Administración sobre su cocontratante, insistiendo en la relación de subordinación jurídica que la habilitaría a controlar el cumplimiento del contratista y también a imponerle sanciones por las eventuales faltas o incumplimientos en que pudiera haber incurrido. Esta potestad sería inherente a la relación entre la Administración y todos los administrados y, en particular, en los contratos su propósito *“es actuar en forma compulsiva sobre (el cocontratante) para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones”*. E. Sayagués Laso, analizando el contrato de concesión de servicios públicos, entiende esta potestad como *“implícita”* en toda concesión, *“aunque nada se hubiera establecido al respecto, porque deriva de la naturaleza misma de aquélla”* ⁽²⁴²⁾.

La Administración se asume como *“juez del contrato”* por lo que, ante incumplimientos del contratista podría, por decisión unilateral, imponerle sanciones muy variadas, desde advertencias, multas de distintos monto, sustitución temporal en la ejecución del servicio -poniendo en su lugar a otro sujeto, con ocupación de sus instalaciones, maquinaria y equipos del contratista- y, si persiste la situación de insatisfacción, puede llegar a la extinción del contrato con la sustitución definitiva del contratante incumplidor ⁽²⁴³⁾. La única limitación que se señala es la adecuación de la entidad de las sanciones a la importancia y gravedad de las faltas cometidas y, desde luego, se recuerda que, como el ejercicio de la facultad se materializa en un acto administrativo unilateral, queda siempre sujeta al contralor jurisdiccional posterior ⁽²⁴⁴⁾.

²⁴¹ TCA N°464 de 4.8.2016.

²⁴² SAYAGUES LASO, E. *Tratado...* tomo II, 4a.ed. p.52.

²⁴³ BERÇAITZ, M. Obra citada (1980), p.424.

²⁴⁴ SAYAGUES LASO, E. *Tratado...* tomo II, 4a.ed. p.62.

Es evidente que esta prerrogativa, ejercida sobre el contratista y en relación con sus obligaciones contractuales es justificada por la postulada subordinación jurídica por efecto del contrato y merece los comentarios críticos ya esbozados.

En nuestro país no está prevista en ninguna norma general del ordenamiento jurídico, ni cabe admitirla como facultad implícita en los contratos otorgados porque es incompatible con la idea la igualdad de partes en el contrato: es completamente inaceptable que, sin norma o estipulación expresa, una de las partes pueda imponer a la otra, algún tipo de sanción toda vez que considere que no cumple cabalmente su prestación ⁽²⁴⁵⁾.

Un pacto semejante tanto podría existir en los contratos privados como en la contratación pública, en caso de que, por alguna razón de la mayor importancia, se entendiera imprescindible dotar a la Administración de tal poder. Ello siempre que se incorpore en alguna norma especial para la contratación pública o en los pliegos de condiciones generales que se integran al contrato o en el texto acordado, lo cual se considera como garantía de transparencia mínima para quien consiente un contrato, debiendo saber que quedará expuesto al poder punitivo de la otra parte. Tal es la posición actual en materia de regulación sobre contratación pública de la Unión Europea.

Entre nosotros, se plantea una vez más que es una garantía para el contratante que la sanción se imponga por sea acto administrativo y, por consiguiente, las decisiones sancionatorias puedan ser revisadas *a posteriori* por órganos jurisdiccionales. Las controversias suscitadas por la imposición de sanciones al contratado por un ente estatal son regularmente planteadas como actos separables de los contratos, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que decide sobre la legitimidad del acto administrativo que las dispuso. Así, por distintas razones, el Tribunal ha sostenido invariablemente que *“los actos impugnados son procesables ante la jurisdicción contencioso anulatoria”* y ha anulado sanciones de advertencia ⁽²⁴⁶⁾ o de multa o de rescisión de contrato ⁽²⁴⁷⁾. Sin embargo, cabe reiterar que la revisión a posteriori no equilibra la desigualdad resultante de la

245 Nuevamente debo aclarar que existe una regla especial para los contratos de participación público privada regulados por Ley N°18786 de 19.7.2011 arts.17 literal H y 42 a 46.

246 TCA N°1028 de 22.11.2011.

247 TCA N°464 de 4.8.2016. La contratista pide anular una sanción de multa por ser desproporcionada al incumplimiento temporal imputado y el Tribunal entiende que *“le asiste razón a la pretensora en su cuestionamiento, puntualmente en cuanto a la ilegitimidad de la multa que se le ha impuesto por considerar para su cuantificación días en los que estrictamente no existió atraso... se contabilizó como atraso un lapso en el que estaba en uso de una prórroga del plazo para cumplir con su obligación”*.

TCA N°505 de 29.6.2017: *“en la medida que se impusieron multas por supuestos incumplimientos detectados en la obra cometida a la pretensora, adjudicada por el llamado”*, la actora en su relación de hechos sostuvo que había cumplido y la Administración no controvertió esos dichos, anula.

ejecución inmediata de la sanción y genera al perjudicado una carga indebida de impugnación.

5. La prerrogativa de rescisión unilateral del contrato.

En la misma línea de potestades administrativas de excepción al derecho común de los contratos, muchos autores rioplatenses, siguiendo la doctrina francesa y española, sostienen que la Administración tiene la facultad de resolver o rescindir unilateralmente los contratos aún cuando no haya en sus países normativa expresa que la respalde.

Berçaitz, apoyándose en Escola, afirma de modo contundente que es un poder unilateral de la Administración y extingue el vínculo, aunque una decisión judicial posterior declare injustificada la rescisión porque nunca podrá hacer revivir el contrato y podrá dar lugar a una reparación económica. En la misma línea, M. Marienhoff ratifica la licitud de la rescisión unilateral del contrato, sea en razón del incumplimiento del contratista o por razones de oportunidad o mérito y reflexiona que, aunque esa decisión pueda parecer contraria el principio *pacta sunt servanda*, la extinción es irreversible y coincide en la eventual decisión judicial que la declare incorrecta, únicamente podría condenar a la reparación de los perjuicios.

Entre nosotros, Sayagués Laso había analizado diversas hipótesis de extinción unilateral del contrato. Es posible que la Administración revoque el contrato por razones de legalidad, dictando un acto administrativo unilateral y ese acto tendrá efecto extintivo aún siendo impugnabile ante los órganos jurisdiccionales ⁽²⁴⁸⁾. También es posible la rescisión fundada en el incumplimiento del contratista y dijo que *“aunque nada se hubiere establecido expresamente en el contrato, cuando el particular incurre en incumplimiento de cierta gravedad, procede la rescisión unilateral”* y volvió a señalar que *“el acto que la dispone queda igualmente sujeto a la revisión jurisdiccional”* ⁽²⁴⁹⁾. Luego, la rescisión por razones de conveniencia, admitiendo que crea problemas de muy difícil solución, aunque concluyó que el receso o desistimiento unilateral es posible en todos los casos y con las mismas consecuencias, porque toda vez que sea considerada ilícita por un juez, sólo podría obligar a indemnizar los daños causados por la ruptura del vínculo ⁽²⁵⁰⁾. C. Vázquez parece apoyarlo al decir que no puede sorprendernos que un sujeto calificable como *“potentior*

248 SAYAGUES LASO, Enrique (2002) *Tratado...* tomo I, p.565-566. El autor llega a conclusiones similares al analizar la concesión de servicios públicos en SAYAGUES LASO, Enrique (1987) *Tratado...* tomo II, 4a.ed. p.77-85, donde habla de caducidad de la concesión, incumplimiento y rescate, entre formas de extinción.

249 SAYAGUES LASO, Enrique (2002) *Tratado ...* tomo I, 8a.ed. p.569.

250 SAYAGUES LASO, Enrique (2002) *Tratado...* tomo I, 8a.ed. p.568.

personae” y dotado de la “*potestad de imperio*” pueda ejercer el poder de rescisión unilateral del contrato ⁽²⁵¹⁾.

Abriendo camino a la posición contraria, J. P. Cajarville se refiere al tema al abordar la extinción de los contratos otorgados por la Administración, en dos trabajos muy conocidos ⁽²⁵²⁾. Reconoce que la posibilidad de extinguir el vínculo contractual por voluntad unilateral de una de las partes -la Administración- es un problema hartamente discutido y, tanto en la doctrina comparada -que trabaja sobre ordenamientos diferentes- como en la nacional, la opinión dominante admite esa potestad, fundándola en diversas razones: sea la ilegitimidad del contrato que se revoca, sea el incumplimiento de la contraparte u otras razones que afecten su cumplimiento. Pero sostiene que “*es equivocado partir como postulado de que la Administración tiene potestades exorbitantes para deducir de esa afirmación apriorística la existencia de un poder de modificar o extinguir unilateralmente el contrato*”. Tal afirmación sólo podría hacerse luego de comprobar que en el ordenamiento jurídico hay normas que confieren esas potestades ⁽²⁵³⁾.

Crítica los dos fundamentos invocados por la doctrina mayoritaria: el interés público y la teoría de los poderes implícitos. Respecto del primero, señala que el interés público exige el respeto de los derechos de los individuos, que sólo pueden ser limitados por ley que establezca esa necesidad por razones específicas de interés general ⁽²⁵⁴⁾. En cuanto al argumento de los poderes implícitos, recuerda que es una construcción doctrinaria y, para admitir un poder de esa naturaleza, se exige ciertos requisitos: debe tratarse de un poder “*necesario para cumplir un cometido expresamente atribuido, que no esté expresamente atribuido a otro órgano del Estado*” y no podría ser violatorio de ninguna regla de derecho que limite la actuación estatal. Esto último impide la facultad de rescisión unilateral como poder implícito porque, según la Constitución art.309, debe considerarse que los contratos crean “*reglas de derecho*” ⁽²⁵⁵⁾.

Advierte, sin embargo, que la decisión de extinción del vínculo contractual por parte de la Administración, sin previa decisión jurisdiccional que haya declarado la nulidad, la resolución o la rescisión del contrato, es un acto administrativo -un acto que revisa la validez

251 VAZQUEZ, Cristina. La cuestión de las potestades ... p.129.

252 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo (1989). Extinción de los contratos de la Administración en *Contratación Administrativa*. Curso de Graduados 1988 del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, FCU, p.117-129; y (2008) *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, p.417-453.

253 CAJARVILLE PELUFFO, J.P. (2008) *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, p.443.

254 CAJARVILLE PELUFFO, J.P. (2008) *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, p. 441.

255 CAJARVILLE PELUFFO, J.P. (2008) *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, 2a. edición ampliada, p. 443.

del acuerdo contractual o consiente un acuerdo para dejarlo sin efecto (mutuo disenso, distracto, rescisión por acuerdo de partes), un acto unilateral fundado en los motivos más diversos- y siempre está sujeto a impugnación y control jurisdiccional de su juridicidad o licitud, por razones de forma, finalidad o contenido. De acuerdo con los principios generales que rigen la actividad administrativa, la Administración deberá demostrar que el acto responde a motivos y fines legítimos que justifiquen la ruptura del vínculo. Por lo cual, para enfocar esas decisiones de receso unilateral del contrato, la perspectiva adecuada no es razonar desde la teoría contractual, sino desde la teoría del acto administrativo y desde ese enfoque siempre será posible decidir si la decisión administrativa es legítima o no lo es, con la consiguiente anulación y obligación reparatoria de daños.

Entiendo que los conflictos derivados de los contratos, aún aquellos en que es parte la Administración, corresponden al Poder Judicial, al que nuestro ordenamiento constitucional asigna la función jurisdiccional, salvo excepción expresa ⁽²⁵⁶⁾. Lo que no excluye que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostenga desde siempre que el acto administrativo por el cual la Administración decide rescindir un contrato es un “*acto separable del contrato*” y, de acuerdo con el Decreto Ley N° 15.524 art. 23, impugnabile ante la jurisdicción anulatoria ⁽²⁵⁷⁾, de modo que invariablemente ha prevalecido aquel enfoque para decidir sobre la legitimidad de las decisiones que resolvieron contratos.

Tanto Durán Martínez como Delpiazzo y Ruocco marcan su radical discrepancia con la tesis de las prerrogativas exorbitantes, que consideran una doctrina superada que todavía sigue en forma acrítica la jurisprudencia nacional. Son claramente contrarios a toda prerrogativa exorbitante y ratifican que, mientras no exista disposición legal que habilite a la Administración a extinguir unilateralmente los contratos que hubiera otorgado, rigen los principios generales en materia contractual: otorgado el contrato, la Administración no puede esgrimir una supuesta posición privilegiada porque queda “*atado por la regla que él mismo ha contribuido a crear*”. Resulta inadmisibile el desistimiento unilateral por cualquiera de las partes a menos que estuviera habilitada por ley especial o por pacto expreso. De manera que si la Administración pretende rescindir el contrato por las razones que sean - ilegitimidad, incumplimiento, utilidad, conveniencia- y el contratista lo rechaza, como en toda situación de conflicto entre contratantes, la decisión ha de ser jurisdiccional ⁽²⁵⁸⁾.

256 CAJARVILLE PELUFFO, J.P. (2008) *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, p. 448-449.

257 TCA N° 327/1998, 249/2001, 70/2005, 45/2006, 829/2006, 313/2007, 334/2012, 356/2012.

258 DURAN MARTINEZ, A. Trabajo citado (1989), p.73.

Al mismo tiempo, se consignan que, desde el año 2011, existen en nuestro ordenamiento normas que habilitan la potestad de rescindir unilateralmente contratos, una de carácter general, para el supuesto de *“incumplimiento grave del contratista”* y otras por vía de incorporación preceptiva en los pliegos de condiciones generales para ciertos tipos de contratos ⁽²⁵⁹⁾ y esos serían los únicos supuestos en que la rescisión unilateral sería legalmente posible, además de aquellos otros en que se hubiera establecido expresamente en los pliegos de condiciones o en los contratos porque *“la potestad de rescindir unilateralmente no es un poder de principio o implícito de la Administración, es decir, que disponga sin basamento legal o contractual”* ⁽²⁶⁰⁾. En todos los supuestos previstos, tal facultad siempre implica *“una distorsión del equilibrio contractual debido y, por ende, una desnaturalización del contrato como tal”* ⁽²⁶¹⁾.

Revisando nuestra jurisprudencia, se advierte que la justicia ordinaria asume jurisdicción en materia de controversias relacionadas con la interpretación y cumplimiento de estos contratos y las resuelve aplicando invariablemente criterios generales en materia de contratación, que son básicamente los criterios del derecho civil. Así, en algún caso la Suprema Corte de Justicia aplicó la normativa sobre rescisión de un arrendamiento de obra en un caso en que no había pacto expreso ni hubo acto administrativo extintivo, diciendo:

“(…) resultando probado que el B.P.S. solicitó al actor la entrega de los falsos expedientes y fichas procuratorias, asumiendo en los asuntos personería un abogado del Banco, es clara la decisión unilateral de revocación del negocio por parte del demandado. Resulta entonces aplicable el art. 1.847 del C.C. en tanto establece: “El que encarga una obra para la que el obrero debe poner los materiales, puede a su arbitrio rescindir el contrato, aunque la obra ya esté empezada a ejecutar, indemnizando al obrero de todos los gastos y trabajos y de todo lo que hubiera podido ganar en la misma obra” ⁽²⁶²⁾.

Por su parte, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo reconoce sin reparos la potestad que la Administración ejerce regularmente, de rescindir los contratos mediante actos administrativos motivados en supuestos incumplimientos del contratista, aunque, si

259 Ley N°18.786 de 19.7.2011 art.51 se refiere a los contratos de participación público privada y establece que deben preverse cláusulas sobre rescisión unilateral y anticipada para caso de incumplimiento del privado. Luego, la Ley N°18.834 de 4.11.2011 art.28 (TOCAF art.47) establece para los contratos de obras públicas, de suministros y de servicios no personales que superen cierta cuantía, la inclusión en los pliegos de condiciones de bases y condiciones generales de cláusulas sobre los efectos de la falta de cumplimiento del contrato, penalidades por mora y causales de rescisión, y en su art. 38 inc.1 (TOCAF art.70), dispone textualmente que *“La Administración podrá rescindir unilateralmente el contrato por incumplimiento grave del adjudicatario, debiendo notificarlo de ello”*.

260 DELPIAZZO, C.E. y RUOCCO, G. *Tratado...*tomo I, p.386.

261 DELPIAZZO, C.E. y RUOCCO, G. *Tratado...*tomo I, p.387.

262 SCJ N°151 de 20.3.2003.

existe previsión expresa. suele destacarlo. Pueden señalarse antecedentes desde largo tiempo atrás, que hasta hoy reiteran la misma argumentación, en términos casi idénticos.

Así ante una decisión administrativa que dispuso la resolución de un contrato de concesión por incumplimiento de la concesionaria, el Tribunal señalaba ⁽²⁶³⁾:

“(…) no puede dudarse de la “potestad” de la Administración de proceder por “voluntad unilateral” a la rescisión del contrato, la que está ínsita en el propio contrato y forma parte indiscutible de la naturaleza del mismo. Así, no se duda de que la Administración, como co-contratante, cuenta con tal privilegio (inexistente en el Derecho Privado) en función de la naturaleza pública de la contratación. Tal potestad responde, entonces, no sólo a las características propias del contrato administrativo, sino a su “finalidad que no es otra que la satisfacción del interés común. Y es muy claro que esta potestad, exorbitante del Derecho Privado al decir de MARIENHOFF, está legítimamente justificada (MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, t. III, págs. 403 y ss.). Es decir, entonces, que ese “fortalecimiento” de una de las voluntades contratantes, está sobradamente justificado por los intereses en juego, que, en el caso, es el INTERÉS PÚBLICO. Interés éste que no estaría suficientemente protegido si, a igualdad de potestades rescisorias de ambos contratantes, fuera necesario acudir antes a la Justicia Ordinaria para que sea ella la que declare el incumplimiento”.

Con mucha firmeza se afirmaba que:

“Es muy claro que no era necesario acudir a la Justicia Ordinaria para solicitar la “resolución” o “rescisión” del contrato (la doctrina distingue entre ambos conceptos según se trate de contratos de cumplimiento instantáneo o bien de contratos de “tracto sucesivo” o de ejecución diferida), porque, como admite SAYAGUES LASO, la Administración puede declarar UNILATERALMENTE la rescisión del contrato “...sin necesidad de acudir a la vía judicial, aunque nada se hubiere estipulado al respecto...”, sin perjuicio de reconocer que la decisión que declara o dispone la rescisión queda sujeta a los recursos administrativos para permitir “controlar la regularidad de la resolución dictada” (“CONTRATOS...”, T. I, 6ª. ED., 1988,pág. 578)”.

Como aclaración se consigna que: *“esta supremacía referida a la potestad rescisoria (voluntad UNILATERAL de la Administración), no puede discutirse, menos aún cuando el*

263 TCA N°3 de 1.2.2001, redactada por el Ministro Víctor Bermúdez. Se invoca como antecedentes las sentencias N°327/1998 y 996/1999 e idénticas consideraciones se reiteran en sentencias N°201/2001, N°249/2001, N°45/2006, N°58/2006, N°291/2006, N°829/2006, N°313/2007, N°334/2012, N.º 356/2012, N°211/2013, N°353/2013, N°709/2014, N°189/2014 y N°764/2015, entre otras.

particular, al suscribir el contrato vinculante, se sometió por anticipado a ella (Sent.371/97; y ANUARIO DERECHO ADMINISTRATIVO, t. IV, caso 231, pág. 68)”.

En cuanto a la jurisdicción del Tribunal para anular tales actos de rescisión unilateral se sostiene que *“el acto que dispone la rescisión del contrato, objeto de este procedimiento, es procesable ante la Sede en virtud de lo dispuesto por el art. 23 de la Ley No. 15.524, lo cual no resulta desvirtuado por el art. 27 de dicha ley”* ⁽²⁶⁴⁾.

En el mismo sentido, ha dicho recientemente que *“el acto impugnado que dispuso la rescisión de la promesa de compraventa resulta procesable ante la Sede (art. 67 del Decreto-Ley No. 15.524), en tanto constituye un acto ideal y materialmente separable del contrato administrativo al que se encuentra ligado (art. 23, lit. a) del Decreto-Ley 15.524). Tal categorización de la convención rescindida y que sirvió de sustento al acto rescisorio, es regida por el Derecho Público, en mérito a la consagración legal -y replicada en la etapa contractual- de una potestad exorbitante atribuida al órgano público para rescindir en vía administrativa el contrato que le ligaba con la accionante -promitente compradora-. Es así que, el acto rescisorio fruto del ejercicio tales potestades exorbitantes, no está exento del contralor de su regularidad jurídica por parte del Tribunal. Así, en jurisprudencia consolidada tiene dicho el Cuerpo que: “...tratándose de rescisión unilateral de un contrato, dispuesta en base a facultades supraordinarias (omissis), el acto que dispone aquélla queda comprendido en la jurisdicción de la Sala, de conformidad con la previsión básica y general del art. 309 de la Constitución... el Colegiado ha mantenido una jurisprudencia firme en el sentido de que el acto administrativo en cuyo mérito la Administración, por sí y ante sí, dispone la rescisión de un contrato, al tratarse de un acto separable del contrato (art. 23 Decreto Ley No. 15.524), resulta procesable* ⁽²⁶⁵⁾.

Por mi parte, sin compartir la tesis de las prerrogativas exorbitantes, observo que actualmente existe una norma habilitante de carácter general para el caso de *“incumplimiento grave del contratista”* ⁽²⁶⁶⁾ y otra especial para los contratos de participación público privada ⁽²⁶⁷⁾ y que, obviamente, la Administración también podrá rescindir unilateralmente el contrato toda vez que esa opción se hubiera pactado en los pliegos o en el propio contrato o si resultara de la regulación legal del contrato en cuestión.

264 TCA N°249 de 7.5.2001.

265 TCA N° 382 de 30.5.2017.

266 La aludida Ley N°18.834 de 4.11.2011 art. 38 (TOCAF art.70).

267 Ley N°18.786 de 19.7.2011 art.51 literal C. En estos casos también es posible el “rescate” art.51 lit. D). El tema ha sido estudiado en DELPIAZZO, Carlos E. (2012) *Comentarios a la Ley de Participación Público Privada*, (Coordinador) Montevideo, Universidad de Montevideo.

Advierto también que en la contratación pública, cuando se habla de rescisión o resolución unilateral del contrato se incluyen dos supuestos claramente distinguibles: a) cuando la Administración considera que su contratista incumple las obligaciones asumidas y decide como único remedio o máxima sanción, dar por terminada la relación contractual; o b) cuando pone fin al vínculo por razones ajenas a la conducta del contratista por considerar que el contrato no satisface en la medida esperada, el propósito para el cual se otorgó ⁽²⁶⁸⁾.

Enfocando el tema desde el derecho común, cabe recordar que nuestro derecho civil admite la posibilidad de pactar “*cláusulas resolutorias expresas*”, admite el “*receso o desistimiento unilateral del contrato*” en algunos supuestos y, particularmente para algunos contratos, como los arrendamientos de obra, habilita al comitente a revocar unilateralmente el contrato indemnizando al empresario contratado, sin que ninguno de esos supuestos se entienda como prerrogativa exorbitante ⁽²⁶⁹⁾.

Aunque no sea la ocasión de explayarme en conceptos conocidos -aunque no exentos de discusión- es preciso hacer algunas puntualizaciones.

Empezando por el derecho del comitente a revocar el contrato de arrendamiento de obra, Gamarra distingue ese supuesto del receso unilateral. Es un derecho potestativo, de origen legal, que permite al comitente extinguir el vínculo contractual unilateralmente por su sola manifestación de voluntad que, comunicada a la contraparte, produce la extinción de la relación con efecto retroactivo e impone a quien lo ejerce la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios acarreados a la otra parte ⁽²⁷⁰⁾.

Si fuera un contrato no pactado para una obra única, sino para una pluralidad y con precio “*ajustado por número o medida*”, calificaría como contrato de cumplimiento

268 RODRIGUEZ ARANA, Jaime. Las prerrogativas... p.809. Este autor español afirma que tal potestad puede operar en su país porque así está legislado y procede si se dan los requisitos legales establecidos. Explica que “*el interés público... puede aconsejar en determinados casos que la propia Administración decida unilateralmente la resolución del contrato*” cuando se compruebe un incumplimiento grave por parte del contratista ...o cuando otras razones de interés público lo determinen a extinguir la relación contractual. “*En realidad, esta prerrogativa constituye una de las causas de extinción de los contratos administrativos. Con carácter general, se puede decir que se trata, por supuesto, de una potestad exorbitante de la Administración*”. Entre nosotros el tema ha sido revisado por BERRO, Florencia (2013) Extinción del contrato por rescisión unilateral por la Administración en DELPIAZZO, C.E. (Coordinador) *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, tomo I, Universidad de Montevideo, p.492-514.

269 DE CORES, Carlos El equilibrio en los contratos con la Administración en *Estudios de Derecho Administrativo* N°8... p.667-688. El autor sostiene esta posición y agrega que tampoco sería excepcional que, si así lo prevé el pliego y la Administración entiende que el contratista incurrió en incumplimiento definitivo, decida llamar a un tercero para que culmine las obras o preste el servicio: “*esa conducta... no deriva de una prerrogativa exorbitante de la Administración sino de una cláusula del contrato; y además, podrá ser revisada en juicio, siendo posible que el juez entienda que el contratista no había incumplido y que la parte incumplidora es la propia Administración*”.

270 Código Civil art.1847.

continuado y ambas partes tendrían derecho de receso unilateral con efecto *ex nunc* y sin obligación de indemnizar perjuicios (271). Como explica Gamarra “*el receso unilateral es una forma de extinción del vínculo obligacional de cumplimiento continuado, que se realiza mediante una declaración unilateral de voluntad, de carácter recepticio, y despliega eficacia ex nunc (no retroactiva), que no tiene por presupuesto el incumplimiento ni opera mediante pronunciamiento judicial*” (272).

Tanto el derecho de revocación como el receso unilateral y la cláusula resolutoria expresa son institutos distintos, bien estudiados en derecho privado como formas de cesación de la eficacia contractual, que extinguen los efectos de un contrato inicialmente válido y eficaz, a veces *ex tunc* y otras veces *ex nunc* (273).

S. Carnelli ha señalado que “*el desistimiento unilateral del contrato es el ejercicio del derecho de receso atribuido a uno o a ambos sujetos de la relación, para que mediante su iniciativa y por su sola voluntad, extrajudicialmente, determinen la cesación del vínculo*” y ello opera “*con eficacia ex nunc*” es decir, no retroactiva sino hacia el futuro (274). La doctrina privatista coincide en que ese derecho requiere previsión legal o estipulación contractual y también admite que sea derivado de algún principio general de derecho. Si el derecho surge de la ley se trata de que se verifiquen las condiciones establecidas. Cuando es pactado (receso convencional) se exige una determinación precisa de las circunstancias de hecho que lo habilitan, que pueden ser variadas, pero siempre han de ser independientes de la voluntad del titular del derecho, serias y, además, apreciables exteriormente. El único caso que presenta como derivado de principios generales es el de aquellos contratos de duración que no fijan plazo o el plazo queda indeterminado, tema del que en época más reciente la doctrina se ha ocupado particularmente en relación con determinado tipo de contratos (275)

271 Código Civil art.1846.

272 GAMARRA, Jorge. (1969) *Tratado ...* tomo I, 2a.ed, p.219-222 y tomo XIV p.230.

273 CAFARO, Eugenio B. y CARNELLI, Santiago. (1996) *Eficacia contractual*. Montevideo, FCU, p.133-135. Analizando la cesación de la eficacia del contrato los autores señalan que puede provenir de distintas causas, que privan de validez al contrato, pero también de otras que únicamente afectan sus efectos y no su validez. Algunas de esas causas provienen del propio contrato o son consecuencia de la relación obligacional creada, como un plazo resolutorio, una condición resolutoria vinculada a eventos diversos ajenos a la causa contractual, la cláusula resolutoria expresa, el pacto comisorio o la resolución judicial, estas tres últimas operan ante un supuesto de incumplimiento contractual. A los que agregan los supuestos de revocación, el receso unilateral y mutuo disenso. El receso unilateral supone la atribución de una facultad que habilita a alguno o a todos los contratantes, la posibilidad de provocar por su sola voluntad y automáticamente la cesación de la eficacia del negocio (p.150).

274 CARNELLI, Santiago. (1981) El desistimiento unilateral del contrato en GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIV, p. 233-255. Citas p. 233 y 234.

275 El tema se plantea con insistencia en algunos contratos con vocación de duración, como los contratos de distribución y alguna especie de contrato con plazo indeterminado. Ver BERGSTEIN, Jonás (1996) Contrato

La cláusula resolutoria expresa y el pacto comisorio -a diferencia de la condición resolutoria y del recesso unilateral- son estipulaciones contractuales que han previsto que el incumplimiento provocará de pleno derecho la resolución del contrato. En la primera, ese efecto es automático y simultáneo, mientras que en el segundo la ley otorga al deudor una última y breve oportunidad de cumplir para evitar la extinción del contrato ⁽²⁷⁶⁾. L. Larrañaga y J. Blengio, siguiendo la doctrina italiana, han precisado que en la cláusula resolutoria es necesario “*que resulte claramente de la estipulación, la voluntad de que el incumplimiento sea determinante de la resolución de pleno derecho*” y que sea debidamente individualizada la obligación a la que refiere, que no podrá ser cualquiera, porque para que opere la rescisión se requiere que el incumplimiento, configurado e imputable al deudor, sea significativo o grave. Por demás, la rescisión o resolución operada puede ser renunciada por el acreedor, expresa o tácitamente (p.ej. si promueve acción de cumplimiento ⁽²⁷⁷⁾).

Lo distintivo de esta cláusula es que -a diferencia de la condición resolutoria tácita- la resolución o rescisión opera “*de pleno derecho*” es decir sin necesidad de ir a juicio, salvo que se genere controversia en cuyo caso deberá decidir el juez, pero su decisión se limitará a declarar que si ha o no operado la resolución en la fecha en que sobrevino el incumplimiento. En cambio, en la condición resolutoria tácita, que es de origen legal y opera siempre ante el incumplimiento de cualquier contrato sinalagmático, si el acreedor opta por la resolución, será el juez quien la decida y hasta que lo resuelva, el vínculo contractual subsiste.

Las consideraciones que anteceden responden al propósito de intentar discernir a qué nos referimos al hablar de rescisión unilateral de los contratos por la Administración.

De acuerdo al enfoque precedente, siguiendo a Gamarra, si la rescisión no estuviera vinculada a la hipótesis de incumplimiento del contrato, diríamos que se trata de una

de distribución. Distribución de hecho. Justas causas de extinción. Rescisión abusiva. Preaviso razonable en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXVI, Montevideo, FCU p.538-544 y (2009) La extinción de los contratos de duración: trece años después en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXXIX, Montevideo, FCU p.813-824. Para otro supuesto ver también CAFFERA, Gerardo. (2016) Receso unilateral y operación económica: enredos ilustrativos en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo IV, Montevideo, FCU, p.53-58.

276 CAFARO, Eugenio B. y CARNELLI, Santiago. (1996) *Eficacia contractual*, p.136. Ambos autores habían abordado el tema de la cláusula resolutoria en trabajos anteriores: CAFARO, Eugenio y CARNELLI, Santiago (1984) Autolimitaciones de la eficacia negocial y cláusula resolutoria, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XIV, Montevideo, FCU p.169-174 y CAFARO, Eugenio y CARNELLI, Santiago (1985) Resolución del contrato de pleno derecho por el incumplimiento del deudor en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XV, Montevideo, FCU p.134-137.

277 LARRAÑAGA, Luis. (2008) Reflexiones sobre la cláusula resolutoria en *ADCU* tomo XXXVIII p.749-759. BLENGIO, Juan E. (2013) Cláusula resolutoria. Requisitos. Efectos. Mora. Ley 17.250 en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo I, Montevideo, p.207-210.

cláusula de revocación si fuera un contrato de cumplimiento instantáneo -aunque sea diferido- o de un típico derecho de receso unilateral si se tratara de un contrato de cumplimiento continuado en el tiempo. En cambio, si el fundamento de la rescisión unilateral es el incumplimiento de obligaciones contractuales deberíamos interpretarla como cláusula resolutoria expresa. La cual normalmente requiere pacto y opera si median las condiciones establecidas (278). Si en lugar de pacto hubiera previsión legal expresa, también como cláusula resolutoria de fuente legal y operaría según las condiciones establecidas legalmente. La hipótesis que suscita mayores dudas es cuando se alude como fundamento a “*principios generales de derecho*”. La vaguedad de esa expresión -que Cafaro y Carnelli ejemplifican con un único supuesto- podría llevar a interpretaciones que generen incertidumbre, como pasaría si se alude a algún principio general, p.ej. de primacía del interés público sobre los intereses privados, para deducir un derecho de receso que no tiene otro respaldo que una interpretación doctrinaria apegada a la tesis de las facultades exorbitantes (279).

Los problemas que se generan en estos casos no se resuelven señalando que el receso unilateral quedaría siempre sujeto a revisión jurisdiccional que, eventualmente, podrá entender que no se había verificado la razón invocada y que la Administración rescindió mal, lo que significa que el acto puede anularse y debería considerarse que incumplió el contrato. Si la revisión fuera judicial no habría mayor diferencia entre la decisión administrativa o de cualquier contratante que -con pacto del derecho de receso unilateral o sin él- decidiera poner fin a un vínculo contractual y dejar de cumplir, mediando oposición de su contraparte: quien ha de decidir sobre la corrección de esa decisión son los órganos judiciales competentes.

La vinculación entre rescisión e incumplimiento hace evidente que la revisión debería ser decidida por el Poder Judicial pero la teoría de los actos separables -que es una

278 En algún caso el Tribunal de lo Contencioso Administrativo siguiendo ese criterio limitó la rescisión a las causales previstas en el contrato. TCA N°313 de 18.6.2007: anuló la decisión diciendo que “*la Administración ejerció la facultad excepcional de rescindir el contrato por incumplimiento basada en elementos extraños a la relación convencional, lo que torna ilegítima su resolución.... La posibilidad de rescindir el contrato estaba acotada para la demandada por las reglas establecidas en el Pliego de Condiciones, las cuales estipulan que esa facultad sólo podía ser ejercida si la adjudicataria incurría: a) en tres incumplimientos sucesivos; b) no debidamente justificados; c) o de suma gravedad. Resulta inconcuso, entonces, que la denuncia provocante de la rescisión que motiva este proceso, no obedece a incumplimiento alguno que hubiere podido dar razón al acto resistido*”.

279 Advirtiendo el problema Carnelli muestra sus reparos al decir que “*la posibilidad de que...se pacte la facultad en favor de ésta, de eliminar unilateralmente el acto o relación, no plantea problemas en el derecho público porque este tiene como supuesto lógico...el elemento de la soberanía del ente estatal...La cuestión sólo es opinable cuando no se le dio en el contrato a la Administración en forma expresa la potestad de rescindirlo unilateralmente*”. CARNELLI, Santiago. Trabajo citado (1981) El desistimiento unilateral del contrato en GAMARRA, Jorge. *Tratado...* tomo XIV p.239.

extensión que pretende corregir las consecuencias de la tesis de las prerrogativas exorbitantes- coincido en que el Decreto-Ley N° 15.524 habilita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a asumir jurisdicción cuando se impugna el acto administrativo de rescisión. Esta circunstancia, que algunos destacan como una doble garantía del derecho del contratista, podría generar algún problema si recayeran decisiones contradictorias en las dos jurisdicciones de último nivel ⁽²⁸⁰⁾, lo que me lleva a preguntarme si la solución del Decreto-Ley N° 15.524 es conforme al texto constitucional y medianamente razonable ⁽²⁸¹⁾.

Los problemas de incumplimiento contractual son complejos y nadie podría discutir que son problemas centrales de cualquier teoría general de contratos. Por lo que no me parece que pueda resolverse de modo diferente para la contratación pública admitiendo la tesis de las prerrogativas de excepción y los actos separables. Creo que, en todo caso, una decisión unilateral que pretende poner fin a una relación contractual debe ser juzgada, aun cuando fuera por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, desde la perspectiva del derecho de los contratos.

6. La prerrogativa que impide al contratista privado oponer la excepción de contrato no cumplido.

Como otra prerrogativa administrativa, siempre fundada apelando al interés público en asegurar la prestación regular del servicio a cargo del contratista, aparece el rechazo al derecho a oponer a la Administración la excepción de contrato no cumplido cuando ésta resista cumplir las obligaciones a su cargo. El tema es relevante especialmente cuando alega el incumplimiento del contratista para sancionarlo, rescindir el contrato o exigir el cumplimiento.

La doctrina más tradicional sostiene con J. R. Dromi, que el carácter público de la necesidad que satisface la prestación del contratista, impide aceptar su interrupción cualesquiera sean las circunstancias. El particular contratado no puede interrumpir el servicio o la obra a su cargo, aunque medien circunstancias que lo habilitan a oponer como excepción el incumplimiento de la Administración, ni siquiera cuando la Administración, al imputarle incumplimiento, suspenda su contraprestación. Menos drásticos, tanto H.J. Escola como M. Marienhoff, citados por Berçaitz, entienden que la excepción es admisible en casos límites, cuando *"la inexecución de las obligaciones en tiempo oportuno por la*

280 Volveré sobre este aspecto más adelante. En particular se trata de evitar esas situaciones sobre la base de considerar que la sentencia ejecutoriada dictada en cualquiera de las dos jurisdicciones -Tribunal de lo Contencioso Administrativo o Poder Judicial- hace cosa juzgada que debe ser respetada también en la otra jurisdicción.

281 Admito que me genera perplejidad que una decisión contraria a un acuerdo contractual previo pueda ser considerada un acto separable del contrato y no lisa y llanamente su incumplimiento.

Administración, haga imposible razonablemente el cumplimiento de las asumidas por él” porque ni *“en homenaje a la satisfacción del interés público no puede pretenderse el sacrificio de una sola persona ni aceptarse, entonces, la ruina económica del cocontratante...”* (282). En una posición más abierta, A. Gordillo admite que, en principio, procedería la excepción, salvo en contratos de concesión de servicios públicos cuando son prestados en régimen de monopolio o exclusividad que afectan el derecho de los usuarios a la continuidad del servicio (283).

Esta tesis se ubica en la misma línea de privilegios para la Administración que defienden quienes resisten sujetar la contratación pública a principios y reglas comunes con la contratación privada e implica -como destaca en un reciente trabajo G. Rivera- un significativo apartamiento del régimen general de los contratos bilaterales, donde tal excepción opera como defensa relevante, con fundamento en el sinalagma funcional y los principios de igualdad y de buena fe en la etapa de ejecución de las obligaciones contraídas por las partes, ante eventuales acciones de cumplimiento o de resolución o ante actos administrativos de sanción o rescisión del contrato.

Entre nosotros, parte importante de la doctrina adhiere a esta tesis, aunque con matices. La suspensión de la ejecución es rechazada cuando se trata de concesión de servicios públicos, pero, tanto Sayagués como Rotondo, se han pronunciado por aceptarla si el incumplimiento de la Administración fuera tan grave que -como señalan Escola y Marienhoff- creara al contratista la imposibilidad de cumplir o, al menos, generara una grave dificultad en la ecuación económico-financiera del contrato. Concluyen que, en tales condiciones, cabría admitir que el contratista suspenda el cumplimiento porque no puede exigírsele que cumpla a costa de cualquier sacrificio (284).

La *exceptio non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus* ha sido exhaustivamente analizada por estudiosos del derecho contractual como un derecho potestativo que, en los contratos bilaterales, permite suspender el cumplimiento de la prestación y resistir la demanda de cumplimiento o resolución del adversario que no hubiera cumplido la obligación a su cargo. Las condiciones para que opere la *exceptio* son: a) que

282 BERÇAITZ, M (1980) Obra citada p. 373. Puede verse DROMI, José Roberto (1987) *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea; ESCOLA, Héctor Jorge (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I. Buenos Aires: Depalma y MARIENHOFF, Miguel (1974) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III.

283 RIVERA, Gonzalo (2016) La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa, p.111-142. La referencia a la posición de Agustín GORDILLO está en p. 126.

284 J. P. Cajarville sigue a Sayagués Laso pero afirma que el contratista debe seguir cumpliendo estrictamente con sus obligaciones, pese al incumplimiento de la Administración, hasta que el contrato se extinga por falta de la Administración y por la vía que corresponda.

se trate de un contrato bilateral; b) que el contrato no impusiera a quien la invoca el deber de cumplir con anterioridad; c) que la contraparte no haya cumplido la obligación correlativa o interdependiente; y d) que la excepción se ajuste al principio de buena fe, que exige atender las circunstancias del caso, la entidad del incumplimiento y la proporcionalidad entre la inejecución de una y otra parte ⁽²⁸⁵⁾.

De manera que, de acuerdo a los principios generales en materia contractual, la *exceptio* debería poder oponerse por quien ha contratado con la Administración cuando ésta le impute incumplimiento y debería permitirle suspender su prestación, toda vez que la Administración haya incumplido antes alguna obligación contractual relevante.

Dada la resistencia de parte de la doctrina y de la jurisprudencia administrativa anulatoria, es imprescindible una revisión. Como destaca G. Rivera en su valioso análisis, es preciso dilucidar si en la contratación pública, el contratante acusado de incumplimiento puede defenderse con la excepción de contrato no cumplido: *“si la falta de cumplimiento de la Administración puede justificar (legitimar) el no cumplimiento del co-contratante, y tornar por ende ilícita la rescisión unilateral dictada por aquella en mérito a un alegado incumplimiento del particular”* e incluso *“no cumplir con su obligación hasta tanto el Estado no cumpla con la suya, o demuestre que está pronto para cumplir”*.

En nuestra doctrina administrativa A. Durán Martínez, C. Delpiazzo y G. Ruocco sostienen, con carácter general, la admisibilidad de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito del derecho administrativo.

Destaca Durán Martínez que no hay ninguna razón que impida esgrimir la excepción contra la Administración dado que, si no cumple, no podría exigir el cumplimiento, porque no es justo ni conforme a derecho. El interés público tutela el bien común y supone que el interés general y el interés particular deben conjugarse en términos de coordinación: el sacrificio de uno para satisfacer el otro es inaceptable porque, constitucionalmente, toda limitación de derechos requiere la garantía de ser aprobada por ley dictada por razones de interés general y no hay ley que la excluya ⁽²⁸⁶⁾ y porque, si el co-contratante debiera cumplir aunque la Administración no lo hiciera, se le estaría llevando inmerecidamente a la ruina ⁽²⁸⁷⁾.

²⁸⁵ GAMARRA, Jorge (1977) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XVIII p.99 y 105. En términos coincidentes, De Cores, C., Gamarra, R. y Venturini, B. (2013). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Incumplimiento de Contrato*. Tomo I. 1ª Ed. Montevideo: La Ley Uruguay, p.533-534, agregan que *“la exceptio constituye una causa de justificación del no cumplimiento”*.

²⁸⁶ Constitución arts. 7, 8, 10, 32 y 72.

²⁸⁷ DURAN MARTINEZ, A. (2008) Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz,

Por su parte, Delpiazzo y Ruocco afirman que *“la exceptio no encuentra obstáculos para su procedencia, habida cuenta del principio de justicia en que ella reposa”*. No sería justo que la Administración reclame el cumplimiento al contratista cuando incumple las obligaciones a su cargo, ni tampoco que el contratante privado sea quien, en definitiva, soporte la carga financiera del contrato, aunque estuviera en condiciones de hacerlo, por lo que, ante el incumplimiento de la Administración, puede suspender su prestación sin responsabilidad y hasta tanto *“se restablezca la ecuación en base a la cual se celebró el contrato”* (288).

En el trabajo citado G. Rivera argumenta que *“los contratos que celebra la Administración, sin perjuicio de sus particularidades, son ante todo contratos, debe aceptarse que se les aplican las reglas de la teoría general del contrato”*. En otros términos, desde que existe amplio acuerdo en que el contrato es un género que, aunque comprenda diversas especies (entre las que estarían los contratos en que es parte un *“poder adjudicador”*) *“deben considerarse primordialmente las reglas básicas aplicables a todo contrato, propias de la teoría general, y solo en un segundo orden las reglas específicas, propias de la contratación administrativa o más modernamente, contratación pública”* por lo que *“no existe un fundamento contundente para rechazar la aplicación del instituto, con carácter general, en el ámbito de la contratación pública”* (289)

Desde esa perspectiva, el rechazo de la *exceptio* como prerrogativa excepcional de la Administración es inaceptable porque afecta el sinalagma funcional y violenta principios generales de la contratación como el efecto vinculante de los contratos y la igualdad entre las partes. Si la Administración puede incumplir y su contraparte no tiene derecho a dejar de hacerlo, se desnaturaliza la figura del contrato, se ataca su efecto vinculante, según el cual el cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes, normas que *“constituyen principios universales pertenecientes a la teoría general del contrato”* (290). Por

Iñigo Sanz Rubiales y Miguel Ángel Sendín García (Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León, 2008), p. 759.

288 DELPIAZZO, Carlos E y Ruocco, Graciela, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario...* tomo I, p. 375. En tal sentido, mencionan como precedente la sentencia T.C.A Nº 160 del 28.4.1986, que en su considerando II al final dice: *“Conforme a estas ideas, que son de general aceptación en doctrina y jurisprudencia, el accionante, a causa del considerable aumento del costo de la materia prima importada que entraba en la composición del producto negociado (en un 65%), tenía derecho a suspender el cumplimiento de las entregas a falta de una atenuación o modificación de las cotizaciones que no le fue concedida y ni siquiera fue tratada”* Ver www.tca.gub.uy jurisprudencia o DELPIAZZO-RUOCCO, *Tratado...*, tomo II, p.1457-1461.

289 RIVERA, G. Trabajo citado p.114.

290 RIVERA, G. Trabajo citado p. 139, invocando las disposiciones del C. Civil arts. 1291 y 1253.

demás, en tanto grave restricción de derechos fundamentales -igualdad ante la ley- sólo podría provenir de una norma legal justificada por sólidas razones de interés general ⁽²⁹¹⁾

Es claro que el obstáculo a la suspensión del cumplimiento parece radicar en la prioridad atribuida al principio de continuidad del servicio público y a los derechos de sus usuarios, en especial en servicios monopólicos o en exclusividad ⁽²⁹²⁾ por lo cual Rivera encuentra admisible que en ciertas situaciones *“la normativa legal y reglamentaria, los pliegos de condiciones y los propios contratos, pueden establecer otras exigencias y condicionantes para que opere la excepción de contrato no cumplido en el marco de la contratación administrativa”* aunque siempre dentro de límites estrictos que no desnaturalicen el contrato ⁽²⁹³⁾.

De no mediar las condiciones justificativas preestablecidas, debe aceptarse que el incumplimiento estatal legitima o justifica la falta de cumplimiento del contratista privado, enervando la antijuridicidad de su resistencia a cumplir su obligación y hace improcedente toda pretensión o motivación fundada en la falta de cumplimiento por el particular porque, en puridad, no existe falta de cumplimiento que le sea imputable ⁽²⁹⁴⁾. Avanzando en esa línea, Rivera recuerda que, aún sin mediar previo incumplimiento estatal, si existiera grave riesgo de que el contratista no obtuviera la contraprestación sinalagmática, podría valerse del *“derecho de suspensión provisoria de la ejecución”* que es un instituto análogo a la *exceptio* pero que *“opera cuando la obligación de la contraparte aun no es exigible”* ⁽²⁹⁵⁾.

Desde luego que, tanto la pretensión de la Administración como la invocación de la *exceptio* por la contraparte, quedan sujetas a decisión jurisdiccional, que podrá ser del Poder Judicial o del Tribunal de lo Contencioso Administrativo según la pretensión que se deduzca. Según el autor, en tesis que compartimos, si el contratante resiste un acto administrativo que le aplicó una sanción o dispuso la rescisión unilateral del vínculo imputándole incumplimiento, debería poder oponer la *exceptio* y toda vez que medien las condiciones que la justifican, el acto debería ser anulado por error o falsedad en su motivación, que lo hace ilegítimo. Sin embargo, esa no es la posición que prevalece en la jurisprudencia administrativa.

Analizando las decisiones del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cabe recordar una sentencia que anuló una sanción impuesta por la Administración a su

291 Constitución arts.7 y 8.

292 RIVERA, G. Trabajo citado p. 131.

293 RIVERA, G. Trabajo citado p.137.

294 RIVERA, G. Trabajo citado p.132.

295 RIVERA, G. Trabajo citado p.137.GAMARRA; J. *Tratado ...*tomo XVIII, p.107. En principio, ese derecho se fundamenta en el riesgo o peligro de incumplimiento por parte del demandante.

cocontratante por imputarle incumplimiento, en la que se señaló la reticencia de la Administración a adecuar la ecuación económica ante la ruptura del equilibrio contractual. Dijo el Tribunal que *“conforme a estas ideas, que son de general aceptación en doctrina y jurisprudencia, el accionante, a causa del considerable aumento del costo de la materia prima importada que entraba en la composición del producto negociado (en un 65%), tenía derecho a suspender el cumplimiento de las entregas a falta de una atenuación o modificación de las cotizaciones que no le fue concedida y ni siquiera fue tratada”* (296). Otro antecedente adhiere -a mi juicio- a la tesis de Sayagués Laso y de Cajarville (297). Con posterioridad, Rivera indica cuatro casos, en los que, sin descartar la aplicación de la *exceptio*, se examinó el incumplimiento de la Administración alegado como causa de justificación del no cumplimiento de los reclamantes y se desestimó la *exceptio* por razones sustantivas, porque no se configuraban los presupuestos alegados al oponerla (298).

En cambio, en otros casos el Tribunal rechazó de plano considerarla, argumentando que aunque tuviera que resolver sobre la anulación de un acto administrativo de sanción o rescisión unilateral del contrato, la decisión sobre el incumplimiento era típicamente materia contractual y por ende, correspondía a la jurisdicción del Poder Judicial (299).

De modo ciertamente paradójico, el Tribunal aplica la teoría de los actos separables, al amparo de la regulación legal del Decreto-Ley N° 15.524, pero no analiza correctamente la cuestión del incumplimiento porque sólo examina si hubo o no cumplimiento por el accionante, sin tener en cuenta que incumplir es más que eso: el incumplimiento tiene que ser imputable y no lo es cuando está justificado por la falta de cumplimiento de la otra parte. Por tanto, no debería desestimar la demanda anulatoria sin analizar esa cuestión (300).

Revisando someramente la abundante y algo contradictoria jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se impone recordar el precedente ya citado que,

296 TCA N° 160 de 28.4.1986.

297 TCA N° 807 de 15.10.1997.

298 TCA N° 327 de 25.5.1998, N° 249 de 5.5.2001, N° 698 de 22.11.2004 y N° 127 de 12.2.2015, con distintas integraciones.

299 TCA N° 313 de 18.6.2007, N° 419 de 2.9.2008, N° 291 de 14.8.2014 y N° 189 de 12.3.2015. En la primera, el Tribunal se negó a considerar la *exceptio* diciendo que *“no se trata de debatir y resolver sobre la ejecución del contrato -que en todo caso sería un tema de competencia de la Justicia Ordinaria- sino de la legitimidad del acto administrativo que extingue el vínculo por la sola voluntad de la Administración”* y en la penúltima, dijo que *“a su juicio, “no corresponde juzgar en esta Sede si la exceptio fue legítimamente opuesta ...esto es, si se daban en el caso los presupuestos que, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina civilistas, habilitan el funcionamiento de dicho instituto. Ello por cuanto, tal materia resulta indudablemente ajena a la justicia contencioso-anulatoria, y será resuelta por el Juzgado Letrado...el cual viene entendiendo en el proceso relativo a la resolución del contrato por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios”*.

300 Estimo que la aplicación de la teoría de los actos separables de los contratos genera incertidumbre sobre la jurisdicción y riesgo de decisiones contradictorias en una materia que indiscutiblemente es de responsabilidad contractual.

en línea con Sayagués Laso, sin descartar la *exceptio* en el ámbito de la contratación administrativa, la restringe a los casos en que el incumplimiento de la Administración “*haya creado una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones emergentes del contrato*” (301).

El Tribunal afirma que “*nadie acepta en doctrina la irresponsabilidad del Estado por incumplimiento del contrato, porque todo contrato se celebra para ser cumplido y respetado, de tal forma que el quebrantamiento de esta norma de conducta genera responsabilidad*”; “*la exceptio ... opera ... como invocación del incumplimiento del Estado para excusar el propio incumplimiento del particular accionante, afectado por ciertos actos administrativos, como la rescisión unilateral de un contrato dispuesta por la Administración en el ejercicio de los poderes exorbitantes que se le reconocen en el ámbito del derecho público*” y “*para la doctrina esta defensa perentoria o de fondo es de total recibo a propósito de los contratos administrativos, aún cuando el incumplimiento sea imputado a la Administración, como señala SAYAGUES LASO, compartiendo la posición de JEZE...y muy especialmente MARIENHOFF en extenso desarrollo del tema*”.

Sin embargo, formula dos objeciones: la primera es que “*el incumplimiento contractual del Estado... no puede dirimirse en esta instancia anulatoria jurisdiccional...debe hacerla declarar el cocontratante por el órgano judicial al que debe acudir conforme a las reglas generales...*” y la segunda es que, aunque pueda ser “*opuesta en un proceso anulatorio... para excusar el incumplimiento en que incurriera el contratante...la exceptio no procede en el contencioso anulatorio en los términos, oportunidad y condiciones en que opera en procesos judiciales por resolución o ejecución del contrato*”...“*no cualquier incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración da lugar a la invocación de tal hecho como excusa...el contratante puede acudir a ella cuando el hecho de la Administración le haya causado una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones emergentes del contrato*”. Citando a C. Vázquez, dice que sería posible “*si las demoras son anormales y responden a mala voluntad de la Administración o revisten carácter extraordinario, provocando al contratista perjuicios no compensados con el solo pago de intereses... dichas demoras pueden... excusar la demora del contratista*”. En suma, se requiere algo así como “*un atraso grosero en los pagos*” (302).

301 TCA N°807 de 15.10.1997.

302 La cita corresponde a VAZQUEZ, Cristina (1992) *Modalidades de ejecución de la obra pública*, Montevideo, Ed. Universidad, p.78 en nota 250. Esta vez, coincido en gran medida con la opinión expresada.

A partir de entonces, el Tribunal se negó reiteradamente a analizar la *exceptio* con dos órdenes de argumentos.

Por un lado, sostuvo que carecía de jurisdicción para conocer cuestiones relacionadas con el incumplimiento contractual, diciendo, en relación al “*pretendido incumplimiento contractual*” que “*no corresponde dirimir tal cuestión en la acotada competencia de la Corporación (art. 309 de la Constitución Nacional); esto es, su parquet competencial le inhibe conocer en una materia cuyo conocimiento le corresponde a órganos jurisdiccionales específicos del Poder Judicial, tal como se pusiera de manifiesto en la sentencia No. 807/97 dictada por este órgano jurisdiccional colegiado*” (303).

Por otro lado, también ha dicho que “*como lo ha señalado el Tribunal en su reiterada jurisprudencia... y lo reafirma la mejor doctrina, el incumplimiento de la Administración ... no habilita a incumplir con las obligaciones que el contratista tiene a su cargo. En otras palabras, no funciona en este ámbito, la excepción de contrato no cumplido*”. Y completa el argumento diciendo que “*si la empresa entendió que la Administración estaba incumpliendo con las obligaciones a su cargo podría, ora haber pedido la rescisión judicial del contrato ora recurrir al procedimiento arbitral pactado en el pliego... Pero, sin embargo, no tomó ninguno de estos dos caminos y optó por mantener el vínculo contractual, lo que implicaba que debía cumplir con las obligaciones a su cargo*” (304).

En un caso reciente de rescisión unilateral de contrato en que había una previa demanda de resolución de contrato promovida por la contratista y ambas partes se imputaban el incumplimiento, el Tribunal insistió en que “*no corresponde elucidar si existió o no incumplimiento de la Administración, pues tal materia resulta ajena a la jurisdicción del Tribunal, y en todo caso deberá ser resuelta por el Juzgado Letrado en lo Civil que está entendiendo en la acción de resolución de contrato y daños y perjuicios, ámbito en el que deberá dirimirse la cuestión relativa a la imputabilidad del incumplimiento*” (305).

Poco después, el Tribunal admite que “*la procedencia o improcedencia de la excepción de contrato no cumplido, planteada por los administrados en el proceso contencioso anulatorio ha merecido diversas respuestas en la jurisprudencia del Tribunal... la jurisprudencia del Cuerpo no es monolítica o consolidada en este punto...*” (306).

303 TCA N°249 de 7.5.2001; TCA N° 419 del 2.9.2008 y TCA N°764 de 15.10.2015.

304 TCA N°189 de 12.3.2015.

305 TCA N°764 de 15.10.2015.

306 TCA N°382 de 30.5.2017.

Desde luego que ante el Poder Judicial abundan acciones promovidas por entes estatales y por sus contrapartes fundadas en incumplimientos contractuales, sean acciones rescisorias o resolutorias o acciones de cumplimiento y, en aquellas en que se planteó la excepción de contrato no cumplido, fue admitida y examinada con resultados diversos ⁽³⁰⁷⁾.

Síntesis provisional II.

Luego de esta larga exposición cabe reiterar la pregunta central que alienta este trabajo ¿en verdad, existen obstáculos para construir una teoría general de los contratos abarcativa de los contratos otorgados por las personas estatales? ¿es la teoría de la sustantividad y prerrogativas exorbitantes un obstáculo real para una respuesta afirmativa?

Creo que la respuesta de la mayoría de la doctrina administrativa actual es que no existe tal obstáculo y lo es también en aquellos países cuyos ordenamientos todavía recogen estas facultades que tienden a desnaturalizar la idea central del contrato, que es la vinculatoriedad obligatoria del acuerdo otorgado ⁽³⁰⁸⁾.

He reseñado las opiniones que se han vertido entre nosotros, tanto las que defienden aquel enfoque como las que lo rechazan frontalmente y he mostrado que algunos especialistas en derecho público, que comparten la idea central de que *“los contratos que otorga la administración son contratos y están regidos por el derecho común de los contratos”*, expresan ciertas dudas y, en alguna medida, sosteniendo la especialidad de la cuestión, ceden a la presión que representa la tradición cultural francesa y sus seguidores rioplatenses, y sacrifican la vinculatoriedad del contrato por la defensa del interés público, que exigiría que la prestación el servicio contratado no sea interrumpida ⁽³⁰⁹⁾. También lo ha dicho hace mucho tiempo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aunque luego no fuera del todo consecuente con aquella afirmación ⁽³¹⁰⁾.

307 Como ejemplo, entre muchas otras, TAC 1° N°89 de 5.8.2009 y SCJ. N°907 de 9.10.1996.

308 En ese sentido es significativo el rechazo de J.L. Meilán Gil a tales potestades que el derecho español ha recogido en su legislación y al que me he referido con anterioridad.

309 Actualmente la mejor representante de esa tendencia es C. Vázquez quien ha expresado que *“No cabe duda, entonces que -dados su naturaleza jurídica y régimen jurídico- el Estado puede ejercer los poderes jurídicos aludidos, en el marco de sus relaciones contractuales, dictando actos ejecutivos, ejecutorios y dotados de una presunción relativa de juridicidad; posibilidad que, por iguales razones de naturaleza y régimen jurídicos, no le es dada al particular que con él contrata, el que, en todo caso, recibirá la compensación correlativa sin perjuicio de poder apelar a la “tutela jurisdiccional efectiva” para hacer valer sus objeciones a la legitimidad del acto respectivo”*. VAZQUEZ, Cristina. (2016) La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la Administración, p.131. En una línea similar parece situarse GODAY CARDILLO, Karina. (2013) Facultades del Poder Ejecutivo en materia de precios en la ejecución de los contratos públicos en *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, tomo I. DELPIAZZO, C.E. Coordinador, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.419-436. Por la posición contraria se han decidido Durán Martínez, Delpiazzo y Cajarville, quien -como se ha visto- tiene una actitud distinta frente a la modificación unilateral del contrato bajo ciertas condiciones.

310 TCA N°417 de 22.8.1988 *“devienen perfectamente aplicables al caso, los principios generales de la contratación manejados en la esfera privada, tales como el de que el contrato ‘es ley de las partes’ y el de*

A veces normas jurídicas, generales -reglas establecidas por ley para determinados tipos contractuales o pliegos de condiciones- o un texto contractual permiten que la Administración Pública ejercite facultades que la doctrina ha venido presentando como expresión de cierta *sustantividad* de esos contratos, una especie de *naturaleza jurídica* especialísima, que justificaría ese conjunto de potestades exorbitantes que discutimos. En esos casos, la tesis es superflua y es posible prescindir de ella.

A mi juicio, lo importante es que, fuera de esas situaciones contingentes, poderes como los señalados no resultan justificados apelando a opiniones doctrinarias, aunque se presenten junto con ideas encomiables sobre los valores que han de guiar la actuación de los poderes públicos. En un estado de derecho, es inaceptable que los agentes públicos gocen de privilegios que los sitúan al margen de las normas generales y lo correcto y valioso es eliminar todo privilegio autoritario o, por lo menos, reducirlo al mínimo ⁽³¹¹⁾ ⁽³¹²⁾. No veo cómo esas prerrogativas exorbitantes podrían ser aceptadas en una justificación pública del derecho de los contratos como necesitamos construir ⁽³¹³⁾.

Todas las voces que vienen del derecho privado cuestionan fuertemente la *sustantividad* de los contratos que otorga la Administración, aún reconociendo prudentemente que, en algún aspecto, pueda haber razones para reglas especiales. En intercambios académicos -raros en otros tiempos y afortunadamente más frecuentes hoy porque son imprescindibles- el civilista A. Caumont, invitado por el Instituto de Derecho Administrativo, criticó la idea tradicional de que la Administración tiene potestades excepcionales que le permiten modificar o extinguir los contratos otorgados con total prescindencia de la voluntad de su co-contrante ⁽³¹⁴⁾.

que los contratos no solo deben celebrarse, sino también cumplirse de buena fe. Tales principios, en el terreno de la Administración Pública, solo ceden ante un texto claro, expreso, y desde luego aplicable al caso”.

311 Recuerdo haber escrito ya hace mucho tiempo contra el régimen especial de caducidad abreviada de los créditos y reclamaciones contra el Estado, establecido por normas expresas pero que fijan plazos y condiciones injustificadamente diferentes de los que rigen en general. Lo mismo creo haber dicho en relación con la exigencia de agotar la vía recursiva para pedir la anulación de actos administrativos y aún sobre la exigüidad de los plazos para recurrir esos actos.

312 SAYAGUES LASO, E. *La licitación pública...* p.79 planteaba ya ciertos límites de legitimidad para incluir cláusulas en los pliegos y contratos, diciendo que la Administración “no puede incluir cláusulas ilegales...está sujeta a un ordenamiento jurídico dentro del cual ha de desenvolverse...si a pesar de todo, así lo hiciera esas cláusulas serían nulas...”.

313 JIMENEZ CASTRO, Trabajo citado.

314 CAUMONT, Arturo. (1989) Enfoque privatista de la contratación administrativa en *Contratación Administrativa. Curso de Graduados* del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, FCU, 1989, p.195-210. La idea central de su crítica es el tópico de que los contratos que otorga la Administración son contratos y, por tanto, están sujetos a las características y condiciones de ese tipo de negocio jurídico - las propiedades que un contrato sea tal- y a los principios generales de la contratación que hacen inadmisibles que una de las partes tenga las facultades que la doctrina dominante atribuía al Estado considerándolo privilegiado respecto de su contraparte privada. Afirma textualmente que desde cualquier perspectiva que se adopte, desde el Estado o desde el contratante particular, “el contrato es unitariamente una entidad integral y

En esa línea, de Cores ha afirmado categóricamente que la única diferencia de los contratos que otorga la Administración con los demás contratos es la identidad de una de las partes, diferencia de escasa relevancia, que de ningún modo excluye que tales contratos, como contratos que son, sean regidos por las mismas reglas y principios que son las bases de la regulación contractual del derecho civil. Es que *"una vez que el contrato está perfeccionado, debe ser cumplido de buena fe y las partes deben colaborar para la consecución del fin representado por la utilidad que el contrato ha de procurar a las partes"* (315). Así, no es *"correcto hablar de un principio de mutabilidad del contrato con la Administración, por oposición al principio de inmutabilidad (pacta sunt servanda) de contrato privado. Todo contrato, sea con la Administración o entre particulares, es inmutable, porque el contrato forma una regla a la que deben someterse los contratantes como a la ley misma. Todo contrato, sea con la Administración o entre particulares, puede mutar, mediante acuerdo de partes o cláusulas del contrato, o disposiciones de la ley"* (316).

Coincidiendo con la doctrina administrativa más innovadora, insiste en que *"las facultades que exorbitan las condiciones contractuales del derecho común deben emerger de un texto contractual o legal que expresamente las autorice (317) lo que acerca evidentemente la especie al contrato de derecho común... dado que también en los contratos de derecho común, el acuerdo de las partes, o la ley, e incluso, un principio general del ordenamiento, pueden permitir variaciones unilaterales al contrato"*.

Nada justifica diferencias en el régimen del incumplimiento del contrato administrativo, y el del contrato privado. Salvo que exista una cláusula resolutoria expresa que legitime una resolución extrajudicial, ambas partes deberían acudir ante el Poder Judicial y optar entre el cumplimiento forzado o la resolución del contrato. Tampoco hay razones para rechazar la excepción de contrato no cumplido: el mecanismo debe funcionar por una razón *"elemental de justicia conmutativa: nadie puede ser obligado a cumplir un contrato bilateral, si la otra parte no cumple por su parte; naturalmente, concurriendo las condiciones de orden cronológico, proporcionalidad, buena fe en la ejecución del contrato, etc. del mismo modo que en el derecho privado"*. Civilistas más jóvenes siguen señalando

su fractura no es posible como concepto ni como marco normativo a través de la desigualdad de poderes atribuidos ni a través de la visualización que parcialice el tema por enfatizar indebidamente en la sobrevalorización de una de las partes sin consideración de la otra" (p.210).

315 DE CORES, Carlos. (2013) El equilibrio en los contratos con la Administración en *Estudios de Derecho Administrativo* N°8, Contratación Administrativa, Montevideo, La Ley Uruguay, p.667-688. Cita en p. 5.

316 DE CORES, Carlos. Trabajo citado (2013) El equilibrio...p.11.

317 DURÁN MARTINEZ, A. Trabajo citado (1989) Ejecución...p.64.

que “no se alcanza a comprender por qué razón no se podría aplicar el Código Civil si nos encontramos ante un contrato, con particularidades sin duda, desde que interviene el Estado, pero ante un contrato al fin” (318).

Por último, la intervención del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para anular actos dictados por la Administración con relación a los contratos y, en particular, sobre el cumplimiento o incumplimiento de la otra parte, se justifica en el marco de la teoría de los actos separables -que se ven como actos administrativos escindibles de los contratos- y tiene un efecto distorsionante sobre el régimen contractual porque -aún cuando se evite llegar a sentencias contradictorias- se asienta en bases incompatibles con los principios generales de la contratación. Entre otras, retacea las defensas del contratista en cuanto se niega a examinar la excepción de contrato no cumplido y erra así al aceptar como incumplimiento una actitud que pudiera estar justificada.

En mi opinión, no tiene sentido que sea el Tribunal de lo Contencioso Administrativo quien deba decidir si un acto dictado por la Administración respecto de su cocontratante - no un acto general, ni un acto referido a una cuestión ajena al contrato- está justificado por un incumplimiento de contrato o es un acto ilegítimo anulable. Sin embargo, las acciones anulatorias de actos separables se fundan en un texto constitucional particularmente amplio e interpretado por ley, de acuerdo con la doctrina dominante, todavía inspirada en el modelo francés (319). Siendo así, si asume jurisdicción, debería aplicar los principios y reglas generales cuando resuelva cuestiones de incumplimiento.

Es notorio que ambas jurisdicciones -el Tribunal y el Poder Judicial- tienen especial cuidado para evitar decisiones contradictorias que, eventualmente, podrían ocurrir dadas las características del sistema, que permite enjuiciar por separado los actos unilaterales que dicta la Administración durante la ejecución de los contratos y las acciones a que da lugar el incumplimiento contractual. Para ese propósito el Poder Judicial ha invocado la disposición procesal que cuando existe un proceso previo le permite suspender el trámite del proceso judicial hasta que aquél sea resuelto por sentencia ejecutoriada (320) y ha tomado el pronunciamiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo como cosa juzgada, obstativa de revisar el o los puntos decididos por el Tribunal.

318 MANTERO, Elías. Trabajo citado... *Perfeccionamiento y responsabilidad civil en los contratos...* p.28.

319 Constitución de la República art.309 refiere a acciones de “nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración en el ejercicio de sus funciones” y el Decreto-Ley N°15.524 art.23 literal a) especifica que se trata de “actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza” y el literal b) incluye expresamente “los que sean separables de los contratos administrativos”. La clave está en mi opinión en la interpretación de esas normas por la doctrina y jurisprudencia.

320 Código General del Proceso artículo 305.

Ese mecanismo se ha aplicado en un caso reciente: la Administración había dictado un acto administrativo de rescisión unilateral de contrato y la contratista promovió acción de nulidad ante el Tribunal, a la vez que la Administración promovió ante el Poder Judicial acciones de cobro de pesos y de reparación de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual. En tanto el juzgado civil interviniente suspendió el proceso ordinario por estar en trámite el contencioso anulatorio, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo llegó a dictar sentencia definitiva que desestimó la pretensión anulatoria y, con posterioridad, el Poder Judicial decidió que ese fallo determinaba que hubiera cosa juzgada parcial y dijo que *“los incumplimientos de las empresas cocontratantes, en los cuales se fundó la rescisión de los contratos dispuesta unilateralmente por la Administración, se encuentran acreditados”* ⁽³²¹⁾...” lo cual *“sella la suerte del agravio de la apelante sobre esta cuestión”* ⁽³²²⁾.

Sin embargo, como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo había entendido que no le correspondía examinar si había habido incumplimiento de la Administración -en virtud de su bizarro criterio sobre la *exceptio*- el Poder Judicial analizó el tema que había quedado *“fuera del ámbito de la cosa juzgada”* como presupuesto del amparo de las pretensiones deducidas por la Administración y concluyó (afortunadamente) que no había tal incumplimiento, salvando así la coherencia del doble sistema.

La Suprema Corte de Justicia en instancia de casación, acompañó la decisión del Juzgado y del Tribunal de Apelaciones, diciendo que *“corresponde relevar la cosa juzgada resultante de la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 764/2015, de 15 de octubre de 2015...El alcance de la cosa juzgada de la referida sentencia comprende, sin lugar a dudas, la existencia del incumplimiento del régimen de acopios y de plazos de entrega de las obras por parte de las empresas demandadas... La sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene carácter previo en cuanto al alegado incumplimiento y, por tanto, se impone como dato de orden público al presente proceso”* pero *“con respecto a los incumplimientos de la Administración alegados por la accionante, -parte demandada en estos autos-, ellos no fueron objeto de análisis porque se entendió que: ‘quedan fuera de la órbita de competencia’ del TCA, y, por ello no hay cosa juzgada al respecto...”* ⁽³²³⁾.

321 Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno N°27/2017.

322 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno N°27 de 6.3.2019.

323 SCJ N°150 de 4.6.2020.

No escapa a los órganos judiciales intervinientes lo peculiar de la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo: para juzgar la legitimidad del acto habría que haber analizado también si la Administración había incurrido en incumplimiento o no antes que lo hiciera el grupo contratista porque, aunque hubiera entendido que ambos contratantes tenían voluntad de rescindir los contratos, para poder afirmar que la decisión administrativa era legítima, faltaba decidir la imputabilidad del incumplimiento. Lo que, a su juicio y según señala expresamente, corresponde a la justicia civil (324). Lo que parece inconsecuente es resultado de la peculiar teoría adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para enjuiciar actos administrativos que rescinden contratos por incumplimiento del contratista. Es más que difícil defender que la rescisión de un contrato sea un acto separable del contrato.

VII. Contratación pública y mantenimiento de equilibrio económico-financiero del contrato.

Quienes estudian la contratación pública han reconocido desde hace mucho tiempo que la conservación de los contratos bilaterales conmutativos y de ejecución continuada exige mantener o recomponer el equilibrio contractual útil durante toda la vida del contrato. En el lenguaje empleado por J. Gamarra, cuidan que el *senalagma genético* -intercambio que dio lugar al acuerdo negocial- se mantenga como *senalagma funcional* durante toda la etapa de cumplimiento del contrato (325).

La doctrina administrativa defiende el equilibrio contractual en los contratos de larga duración en el entendido de que un desequilibrio que afecte seriamente la economía del contrato inevitablemente conduce a la ruptura de la relación. Entiende que si se produce un desequilibrio que compromete la economía del contrato se activa el deber de la Administración y el correlativo derecho del contratista a compensarlo de modo que la

324 Dice textualmente la Suprema Corte, haciendo gala de indudable gentileza: “*Es interesante esta postura del TCA, la cual fue transcripta en la sentencia de primera instancia...* y se señala que dicho Tribunal sostuvo que no había ilegitimidad en el acto de rescisión, pero agregó que no le correspondía examinar si había habido incumplimiento de la Administración... Parece que esta afirmación obedece a que el TCA entendió que era lo mismo ejercer el derecho de receso o desistimiento unilateral que rescindir un contrato por incumplimiento, puesto que de otro modo para juzgar la legitimidad del acto habría que haber analizado también si el BHU había incurrido en incumplimiento o no antes que lo hiciera el G.B o quizás porque se entendió que de las actuaciones en el Juzgado Civil de 2do. Turno, surgía que ambos contratantes tenían voluntad de rescindir los contratos y la distinción está en la cuestión de la imputabilidad del incumplimiento, órbita jurisdiccional relegada exclusivamente que la competencia civil.

325 GAMARRA, Jorge (1976) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo VIII, p.138 y (1978) tomo XVII, 2a. ed. p.19-26. Retomando la antigua terminología griega, llama *senalagma* a la “*reciproca dependencia que liga las obligaciones en un contrato bilateral*” y destaca que actúa como “*senalagma genético en el momento del nacimiento de las obligaciones*” reciprocas e interdependientes. Pero esa característica “*no se circunscribe al momento genético (de perfeccionamiento) del contrato sino que continúa operando en el momento funcional (de actuación del negocio) donde las obligaciones son consideradas en su funcionamiento (senalagma funcional)*”.

ecuación financiera original, incluyendo el beneficio razonable esperado, sea restablecida. Lo cual no requiere norma expresa ni previsión en pliegos o en el contrato porque es de principio.

En ese sentido, Berçaitz razona que *"el cocontratante ha aceptado prestar su colaboración a la Administración pública bajo dos condiciones: a) un objeto determinado y b) una utilidad razonable calculada"* y hay consenso general en que la ecuación económico financiera acordada opera como un límite infranqueable al *jus variandi*: la Administración jamás podría privar a su contraparte de la utilidad convenida ⁽³²⁶⁾.

En puridad, la necesidad de mantener el equilibrio pactado -o recomponerlo si resulta alterado- excede el supuesto de la modificación unilateral e ingresa en la teoría de los riesgos. Marienhoff afirma claramente que el contratista toma a su cargo el *alea normal*, de manera que toda otra alteración del equilibrio contractual, tanto provenga de la Administración como de circunstancias ajenas a ella, siempre que afecte la ecuación económica del negocio acordado, exige correctivo o recomposición.

La idea ampliamente aceptada desplaza la idea privatista de que los contratos serían *"a riesgo y ventura"* como expresa R. Dromi, observando que la idea, según la cual el contratista asume todos los riesgos que pudieran sobrevenir durante el desenvolvimiento contractual, con el deseo y la esperanza de que nada ocurra, *"tiene hoy tantos límites que se ha convertido en una auténtica excepción"* ⁽³²⁷⁾. Entre muchos otros, Escola dice que el colaborador no debe ser sacrificado, Altamira Gigena observa que el bien común, entendido como el bien de toda la comunidad, supone solidaridad y exige recomponer el equilibrio roto ⁽³²⁸⁾ y Péquignot agrega que *"la teoría de la ecuación financiera es una teoría de equidad"* ⁽³²⁹⁾.

El origen de esta cuestión se vincula a fallos del Consejo de Estado francés de comienzos del siglo XX, que fueron también punto de partida de la teoría de la sustantividad de los contratos administrativos. Los fallos asumieron que la defensa del interés público exige la conservación del contrato y protegieron el interés del contratista que, por causas supervinientes y ajenas a su conducta, se vio perjudicado por una alteración muy significativa del equilibrio negocial inicial. Esos dos fallos históricos, que marcaron un nuevo rumbo en la interpretación y ejecución de los contratos administrativos, son los casos

326 BERÇAITZ, M. Obra citada. (1980) p.437.

327 DROMI, Roberto. Trabajo citado (1996) *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*, Buenos Aires, E.C.A, p.52-56.

328 ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro (2005) *Lecciones de Derecho Administrativo*, Córdoba, Advocatus.

329 BERÇAITZ M. Obra citada (1980) p.407.

"Compagnie générale française des tramways" (conocido como "Tranvías de Marsella") del 11.3.1910 y *"Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux vs. Ville de Bordeaux"* (conocido como "Gas de Burdeos") resuelto el 30.3.1916 (³³⁰). Comentando esas decisiones, M. Berçaitz entendió que, de ese modo, la jurisprudencia francesa explicitaba un derecho implícito del concesionario al sostener que: *"Ni el cocontratante puede oponer a la satisfacción de las necesidades colectivas la inmutabilidad de su contrato, invocando el principio del pacta sunt servanda, ni la Administración puede sacrificar los intereses legítimos del cocontratante en su aspecto económico para dar satisfacción a las necesidades por las cuales debe velar"...* Por lo cual concluye que *"el alea ya no existe en estos contratos"* dado que su *"ámbito ha quedado reducido a un campo tan limitado que no cuenta y permite el rechazo de la teoría del contrato a riesgo y ventura"* (³³¹).

En tanto existe consenso desde hace tiempo acerca de esa característica de los contratos públicos, el mantenimiento o recomposición del equilibrio contractual constituye actualmente un tópico indiscutible. La regla en la contratación pública es la distribución de los efectos de las contingencias adversas entre la Administración comitente y el contratista particular, porque *"en los contratos públicos existe un ingrediente que es mucho más importante que el económico, ya que se encuentra en la base misma de su justificación, que le da razón de ser y sin el cual no podría existir: el interés público...Pues bien, también el interés público debe mantener su vigencia; el interés público es la ecuación sine qua non*

330 En pocas palabras, porque los casos son bien conocidos, ambas compañías plantearon ante la justicia administrativa su situación ante la crisis de la ecuación económico financiera de los respectivos contratos provocada, en el primer caso, por la medida adoptada por la autoridad local que exigía aumentar el número de trenes del servicio y, en el segundo caso, por el aumento extraordinario del precio del carbón empleado para generar energía, a consecuencia de la guerra europea. Si bien se rechazó la anulación pretendida - respaldando la tesis de la facultad de la Administración de modificar unilateralmente el contrato- se reconoció el derecho de la compañía afectada para reclamar un resarcimiento o reparación por los perjuicios causados por los cambios ocurridos. En el segundo caso -más claro para lo que trato de ilustrar- se entendió que la economía del contrato había resultado absolutamente trastornada porque el precio de la materia prima necesaria para prestar el servicio sobrepasaba los límites extremos de lo que hubiera podido ser previsto por las partes, poniendo al concesionario en situación de no poder asegurar el funcionamiento del servicio en las condiciones previstas originariamente. Por lo cual, era preciso llegar a una solución que tuviera en cuenta el interés general en el servicio, pero también las circunstancias particulares en que se encontraba la concesionaria: se decidió que ésta debía asegurar continuidad de la prestación, pero tenía derecho a ser indemnizada por las consecuencias pecuniarias de una situación que excedía el alea económica normal. En una decisión posterior *"Compagnie des tramways de Cherbourg contre la Ville de Cherbourg"* (Caso Tranvías de Cherburgo) del 9.12.1932, se resume la tesis de esos precedentes en estos términos: *"si le bouleversement du contrat est temporaire, le concédant doit fournir une aide financière pour permettre d'assurer le service pendant la période d'imprévision ; si, au contraire, les conditions économiques nouvelles créent une situation définitive ne permettant plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, si le service cesse d'être viable, il y a là un cas de force majeure qui autorise aussi bien le concédant que le concessionnaire, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession avec indemnité s'il y a lieu"*.

Sisponibles en: www.legifrance.gouv.fr.

331 BERÇAITZ, Miguel Ángel. (1989) *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2a.edición, B. Aires, Depalma, p.446 y 352.

del contrato público y es deber de la Administración el mantenerse vigilante acerca de su permanente actualidad" (332).

De modo que la Administración garantiza a su contratante el equilibrio de las prestaciones, aunque no haya norma expresa y más allá de que se prevean en los pliegos de condiciones o en los respectivos contratos ciertos ajustes. Toda vez que aquel equilibrio que operó como causa del contrato -justificó que cada parte se obligara- resulte alterado por causas ajenas al contratista la Administración tiene el deber de recomponerlo porque el contratista no asume ese riesgo. Por lo que, al presentarse ese problema, las partes deben renegociar y pactar correctivos acordes a las circunstancias.

La coincidencia doctrinaria también es prácticamente unánime en la doctrina nacional y en los fallos que han dictado nuestros jueces y tribunales.

La idea de conservar el equilibrio contractual originario ya la exponía E. Sayagués Laso en la década del cincuenta del siglo pasado, señalando que *"En todos los casos la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido del contrato en las condiciones originarias. La situación del contratante en este aspecto resulta a veces más ventajosa que si estuviera bajo las reglas del Derecho privado, como lo demuestra la elaboración jurisprudencial y doctrinaria sobre la teoría de la imprevisión"* (333).

Avanzando en ese camino, Cajarville destaca que la *"universal aceptación"* en el derecho comparado contemporáneo de la teoría sobre el deber de conservación del equilibrio contractual durante la ejecución del contrato -de origen jurisprudencial y elaboración doctrinaria- permite considerarlo como *"principio general de la contratación de la Administración integrante del Derecho Uruguayo"* y sostiene que *"... aún en ausencia de estipulaciones contractuales, la llamada ecuación económico-financiera del contrato, como*

332 En el mismo sentido y entre muchos otros: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, IEA, p. 242-243; DE LAUBADERE, André. (1970) *Traité Elementaire de Droit Administratif*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, tomo I, p.306; MARIENHOFF, Miguel S. (1970) *Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 469-470; ESCOLA, Héctor Jorge. (1977) *Tratado integral de los contratos administrativos*, volumen I, Buenos Aires, Depalma, p 452 y sgtes; GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique. (1990) *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea; FARRANDO, Ismael. (2002) *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis; ESCOBAR GIL, Rodrigo. (2003) *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Legis; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. (2005) *El derecho del contratista al precio en los contratos administrativos en VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas.

333 SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo, 1988, p. 570 y ss. En el mismo sentido PRAT, Julio A. *Derecho Administrativo*, tomo III volumen 2, Montevideo, Acali, 1978, p.306 y ss.

equilibrio de las prestaciones previsto y acordado por las partes en el momento de su celebración, se tutela en la contratación administrativa con una eficacia que supera la que recibe un acuerdo entre particulares" (334).

F. Rotondo lo vincula a *"principios o criterios generales que dominan el contractualismo administrativo tales como los de colaboración, equilibrio económico e interés público, sin perjuicio de la plena aplicación de principios generales como son la equidad, buena fe, intención común y negación del enriquecimiento sin causa. De la conjunción de esos principios derivan prerrogativas de la Administración ... y correlativas garantías para el cocontratante"* entre las que incluye *"el derecho a percibir una retribución que, ante el equilibrio dinámico de los contratos administrativos deberá ser adecuada especialmente en los contratos de tracto sucesivo, para asegurar el resultado lícito que el cocontratante persiguió al contratar...Se trata de mantener la ecuación o equilibrio financiero respecto de la cual De Laubadere expresa que no es una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales de la explotación sino una equivalencia honesta entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado como un cálculo al contratar..."* (335).

Durán Martínez que mantiene que los contratos de la Administración, en tanto *"acuerdos de voluntades destinado a producir efectos jurídicos"* son contratos, señala que su especialidad consiste en que *"regulan una serie de relaciones vivas de cooperación entre la Administración y su cocontratante"*, que se traduce en la existencia de un *"régimen de equilibrio y colaboración, más favorable para el cocontratante de la Administración que el de los cocontratantes privados"*. De ahí que los contratos de largo plazo, deban considerarse *rebus sic stantibus*, esto es, flexibles y adaptables a los cambios de circunstancias con el límite esencial de la imposibilidad de alterar su objeto o la ecuación económico-financiera (336).

A su vez, Delpiazzo destaca el acuerdo generalizado diciendo que *"el equilibrio económico financiero del contrato público es, a la vez, un principio general de derecho, un derecho del contratista y una obligación de la Administración"*. Como deriva de un principio, tal derecho, que tiene como correlato la obligación de la Administración de proceder a recomponer la ecuación del negocio, no requiere previsión legal (337). Reitera la distinción

334 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo Obra citada (2007) *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, p.375.

335 ROTONDO TORNARIA, Felipe. *Manual de Derecho Administrativo*, Montevideo, Del Foro, 2002, p. 242-243.

336 DURAN MARTINEZ, Augusto. Trabajo citado (1989) *Ejecución de los contratos administrativos...*p. 59 y sgtes, transcripto en DELPIAZZO, Carlos E. y RUOCCO, Graciela (2013) *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario ...* tomo II, p.1434-1455.

337 DELPIAZZO, Carlos E. (2017) Aspectos de interés en la ejecución de los contratos públicos, en *Revista de Derecho y Tribunales* N°32, Montevideo, 2017, p.57-60.

entre el riesgo normal que asume todo empresario cuando encara una determinada actividad, del riesgo anormal que se configura en situaciones en que el equilibrio originario se ve gravemente afectado por circunstancias no previstas que pueden comprometer la continuidad de la prestación y del contrato ⁽³³⁸⁾. En esa línea de pensamiento, siguiendo el pionero trabajo de C. Levrero Bocage ⁽³³⁹⁾ analiza tres situaciones: teoría del hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y teoría de las sujeciones imprevistas y, coincidiendo con G. Ruocco, señala que en todas ellas se hace exigible la recomposición del contrato por vía de renegociación ⁽³⁴⁰⁾ y, además, la obligación estatal de indemnizar las pérdidas sufridas mediante una reparación integral ⁽³⁴¹⁾. La autora observa -citando a M. Berçaitz, que el *equilibrio financiero del contrato es un equilibrio dinámico y no estático*.

Estas contingencias han sido exhaustivamente analizadas por doctrina y jurisprudencia, análisis que, por su extensión, evito explicitar aquí remitiéndome al trabajo de G. Ruocco, que las caracteriza como circunstancias externas a la relación, que alteran el equilibrio contractual originario y las diferencia netamente de los casos de incumplimiento de una u otra parte. Aquí se trata de alteraciones contingentes, ajenas a la conducta del contratista, que sobrevienen o se conocen luego de perfeccionado el contrato sin que se hubieran previsto -la imprevisibilidad es apreciada de modo flexible- y afectan muy significativamente la economía del contrato y agrega que, a veces, se exige que la alteración sea temporaria y no definitiva. Clásicamente se hace referencia al hecho del príncipe, a la imprevisión y a las sujeciones no previstas ⁽³⁴²⁾.

Por demás, en nuestro país sentencias de los dos órganos máximos de nuestro sistema jurisdiccional -Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Suprema Corte de Justicia- reconocen la relevancia del equilibrio contractual y la obligación de recomponerlo e indemnizar si ha resultado alterado por circunstancias ajenas a la conducta del contratista.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, siguiendo la doctrina más recibida, ha dicho:

338 DELPIAZZO Carlos E. Obra citada (1999) *Contratación administrativa*, p.222-226.

339 LEVRERO BOCAGE, Constancio. (1959-1961) "Fuerza mayor, *sujétions imprévues, fait du prince*, imprevisión" en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración (Rev.DJA)*. tomo 57, Montevideo, p.127.

340 DELPIAZZO, Carlos. E. Obra citada (1999) *Contratación Administrativa*...p.222-226; (2005) *Derecho Administrativo Uruguayo*, México, Porrúa, p. 227-229; (2009) *Derecho Administrativo General*, volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, Montevideo, A.M.F. p.441-447.

341 Es la solución de los fallos franceses citados en nota 328.

342 RUOCCO, Graciela. Trabajo citado (1989) p. 77 y sgtes. Reproducido en DELPIAZZO, Carlos E. y RUOCCO, Graciela (2013) *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre actos y contratos de la Administración*, Montevideo, La ley Uruguay, tomo II, p.1481-1500. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. (2008) *Desequilibrio en los contratos, públicos y privados*, Montevideo, UCUDAL.

"El equilibrio financiero o la ecuación financiera del contrato es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del co-contratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes; de ahí el nombre de "ecuación" (equivalencia, igualdad) y esta última no puede ser alterada. Como en todo contrato, el co-contratante en un contrato administrativo debe soportar costo y riesgo, el álea normal de toda negociación, no así el álea anormal cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, pág. 470)" (343).

El Poder Judicial se ha referido al tema en algunas sentencias en que se alegaron, con razón o sin ella, alteraciones al equilibrio contractual. Así, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno en pronunciamiento que he citado -referido a una modificación unilateral del contrato- concluía que *"En todos los casos, la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias..." (344).* Por su parte, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno ha analizado el "hecho del príncipe" indicando que *"la expresión ... se utiliza para indicar supuestos de ruptura de la ecuación económico-financiera de un contrato administrativo producidos durante su ejecución por decisiones legítimas de la autoridad: se sostiene que en tales supuestos corresponde que el Estado adecúe la prestación a modo de compensar esa afectación desfavorable de la esfera patrimonial de su co-contratante (DELPIAZZO, Contratación administrativa, Montevideo, 1999, p.224)" (345).*

Este año, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno se ha extendido sobre la cuestión, diciendo:

"La ejecución de un contrato de derecho administrativo trae consigo muchos riesgos, máxime cuando se celebran por un extenso período de tiempo, como en el caso de autos y tiene un gran volumen económico, razón por la cual las vicisitudes que pueden afectar el equilibrio son variadas: desde cambios ordenados por la propia Administración hasta circunstancias imprevisibles ajenas a las partes del contrato que implican una verdadera alteración de lo pactado ab- initio. Ante este escenario, pueden producirse desequilibrios que afecten la base de lo acordado en el contrato inicial, en la ecuación económico-financiera. No se desconoce que quien contrata con un ente público es un colaborador, en

343 T.C.A. Nº 160 del 28.4.1986.

344 TAC 5º Nº73 de 31.7.1996. Ministros Van Rompaey, Rochón y Barcelona. Citada en DELPIAZZO-RUOCCO. Tratado, tomo II, p.1463-1473. Disponible en: www.bjn.poderjudicial.gub.uy

345 TAC 1º Nº65 de 23.6.2010.

la medida en que coopera en la ejecución de obras o cometidos públicos. Desde una perspectiva genérica, existe consenso en los requisitos necesarios para admitir la aplicación del principio del equilibrio económico-financiero. En primer lugar, la alteración de las condiciones contractuales debe producirse por acontecimientos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato. A su vez, el hecho invocado no puede ser imputable a la parte que reclama el restablecimiento...nemo audiatur propiam turpitudinem allegans...Además, la alteración debe ser causada por un alea anormal o extraordinaria: un acontecimiento que excede los cálculos que las partes pudieron realizar al momento de formalizar el contrato...Por último, los hechos deben afectar en forma cierta, directa y especial la economía del contrato administrativo, en razón de lo cual la ejecución del mismo se torna más gravosa u onerosa. Ello implica que se exigirá que las circunstancias anormales generen una alteración notable en la situación del contrato, haciendo más gravosa su ejecución...” (346)

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia tiene dicho que *"el particular que contrata con la Administración no debe soportar riesgos más allá de lo normal", que "la ecuación económica contractual debe ser razonablemente atendida" y que "si se considera para resarcir alteraciones transitorias, debe serlo también en relación a modificaciones permanentes" (347).*

En suma, desde mucho tiempo atrás doctrina y jurisprudencia, extranjera y nacional, admiten sin mayor discusión que en los contratos de larga duración que la Administración otorga con particulares se debe asegurar el equilibrio contractual durante todo el lapso que insuma la ejecución del contrato, de modo que, si se produce una ruptura, obligan a su recomposición.

En cambio, la doctrina civilista todavía discute el tratamiento a dar a la alteración del equilibrio contractual durante la etapa de ejecución (sinalagma funcional) y domina la posición contraria a toda obligación de recomposición.

La idea es que, fuera de las situaciones que configuren *"imposibilidad liberatoria"* o *"causa extraña no imputable"* que justifique la falta de cumplimiento, nuestra doctrina civil considera que el contratante deudor debe cumplir la prestación a la que se obligó, aunque se vea perjudicado. Ello es así aún cuando la alteración del equilibrio sea debida a

346 TAC 6° N° 84 de 4.6.2020. En esa sentencia el Tribunal consigna que *"La naturaleza jurídica del contrato celebrado es la de un contrato administrativo de derecho público y como tal sujeto a una serie de principios, entre ellos el principio de mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato"*.

347 S.C.J. N° 318/2000 de 24.7.2000, citada en DELPIAZZO - RUOCCO *Tratado...*, tomo II, p.1475-1480. Disponible en: www.bjn.poderjudicial.gub.uy

circunstancias imprevistas que no podrían ser imputadas a su negligencia, porque se considera que ingresan en los riesgos que debe asumir.

La doctrina ampliamente mayoritaria resiste todo ajuste, priorizando el efecto vinculante de los contratos y la seguridad jurídica. Se asume como postulado contrafáctico que un contratante diligente -previsor y prudente- debería haber considerado todas las posibles consecuencias del acuerdo -incluyendo contingencias improbables- y, cuando consiente el contrato, tácitamente acepta hacerse cargo del riesgo de eventos adversos a sus intereses que pudieran sobrevenir, salvo que configuren "imposibilidad liberatoria" o "causa extraña" que excluya el incumplimiento y la responsabilidad ⁽³⁴⁸⁾

En esa línea, de Cores expresa su radical discrepancia con el principio publicista de que la Administración deba recomponer la ecuación económico-financiera que dio lugar al contrato si resultara afectada por hechos no previstos al contratar y, obviamente, ajenos al accionar del contratista ⁽³⁴⁹⁾.

Argumenta que, si se acepta que los contratos que otorga la Administración son contratos y, por ende, quedan alcanzados, en todo lo no previsto, por las mismas normas que la contratación privada *"no hay sustento para afirmar la existencia de un principio general de derecho que imponga el equilibrio económico financiero del contrato con la Administración.... no parece adecuado reconocer jurisprudencialmente en el ámbito de la contratación con la Administración los institutos de la teoría de la imprevisión y de la lesión, mientras en el ámbito de la contratación privada no se admitan"*.

Afinando su argumento señala que *"todo contrato puede ser concebido como un equilibrio"* pero es importante advertir que *"ese equilibrio puede ser considerado desde dos puntos de vista: uno formal y otro sustancial; o dicho de otro modo, uno subjetivo y otro*

348 GAMARRA, Jorge. (1997) *Responsabilidad contractual. II. El juicio de responsabilidad*, Montevideo, F.C.U. p. 9-177. El concepto de imposibilidad liberatoria como excluyente de responsabilidad por la falta de cumplimiento de la obligación es ciertamente polémico. En principio alude a un obstáculo insuperable que hace que la prestación no sea posible, pero se discute si debe ser objetiva y absoluta. Tras analizar los conceptos doctrinarios Gamarra concluye que debe tratarse de un impedimento imprevisible e irresistible cuya ocurrencia vaya más allá de la dificultad de cumplimiento, en que la prestación es posible aunque requiera mayor diligencia, mayor esfuerzo o sacrificio, y agrega que la imposibilidad debe ser valorada *"en el concreto y particular contenido de cada relación obligacional"* (p.159). El mismo criterio de imprevisibilidad e irresistibilidad se aplica para valorar las eximentes de responsabilidad por incumplimiento (caso fortuito o fuerza mayor o hechos impeditivos provenientes de terceros o del propio acreedor) aclarando que se trata de *"notas que no concuerdan ni con el esfuerzo debido ni con la diligencia del buen padre de familia; van más allá y denotan la exigencia del máximo esfuerzo dirigido a la superación del impedimento externo"* (p.171).

349 DE CORES, Carlos. Trabajo citado...El equilibrio en los contratos con la Administración... p. 667-688.

objetivo"⁽³⁵⁰⁾ y, entre nosotros, el criterio legal es el equilibrio subjetivo⁽³⁵¹⁾. Agrega que "no se advierte por qué las consecuencias del caso fortuito y de la fuerza mayor han de tener un régimen distinto en los contratos entre privados, que en los contratos con la Administración...su disciplina debe hacerse depender de la naturaleza del contrato y de los pactos de las partes, y no de la calidad subjetiva de los contratantes". Y, reforzando su argumento, sostiene que "los jueces no tienen, en nuestro derecho, poder para modificar la ecuación económica del contrato, ni el celebrado entre particulares, ni el celebrado con la Administración".

La polémica se inicia entre nosotros en torno a las obligaciones contraídas en moneda extranjera ante la abrupta depreciación del valor de nuestra moneda por el inolvidable "quiebre de la tablita" en 1982, que dio lugar a algunas sentencias que recogieron la "teoría de la imprevisión", ante las cuales reaccionaron en forma adversa la mayoría de la doctrina y jurisprudencia. Por lo que la teoría tuvo poca adhesión en doctrina y fue un rotundo fracaso en jurisprudencia⁽³⁵²⁾.

350 FERRI, Giovanni Batista. (2006) La nozione di contratto, en RESCIGNO, Pietro y GABRIELLI, Enrico, *Trattato dei contratti*, Torino, UTET, p.5

351 Explica que existe discusión entre quienes sostienen una idea objetiva del equilibrio de las prestaciones y quienes adhieren a una idea subjetiva. Mientras que los primeros sostienen que en caso de lesión o de excesiva onerosidad superviniente, el contrato puede ser revisado y corregido por el juez, los segundos niegan que, sin un texto legal habilitante, el juez pueda, en aras de un equilibrio objetivo (definido por él) sustituir el pacto libre y voluntario de las partes. Mientras que J. Blengio adhiere a la primera posición, de Cores se inclina por la posición claramente mayoritaria en nuestra doctrina civil, que sería la recogida en el Código Civil, cuyo art.1250, dispone que el contrato oneroso se llama conmutativo cuando cada parte se obliga a una prestación que "se mira como equivalente" a la que grava a la otra parte, además de disponer en el art.1277 que "la lesión por sí sola no vicia los contratos".

352 Como se ha señalado hubo dos decisiones judiciales de primera instancia que acogieron la teoría de la imprevisión. La primera dictada por el Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 18° Turno N°47 del 30.7.1984 (ADCU tomo XIV p.137-138) y la segunda por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4° Turno el 9.10.1984 (ADCU tomo XV, p.141-144) revocada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno el 30.9.1985 (LJU tomo 92 caso10.518). Los trabajos doctrinarios de una primera época se encuentran en el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* (en adelante ADCU), Montevideo, F.C.U. y son DE CORES, Carlos. (1983) Teoría y práctica de la imprevisión, en ADCU tomo XIII, p.179-193; BLENGIO, Juan E. (1983) "El art.1458 inc.2 del Código Civil, sus vinculaciones con la Teoría de la Imprevisión, en ADCU tomo XIII p.201-215, ambos explorando posibilidades. Siguen con posición contraria: VENTURINI, Beatriz (1984) Teoría de la imprevisión. Comentario acerca de su aplicación en la sentencia dictada el 30 de julio de 1984 por el Juzgado Letrado Departamental de la Capital de 18° Turno en ADCU tomo XIV, Montevideo, FCU, p.139-141; GAMARRA, Jorge (1985) Cláusula en moneda extranjera. Voluntad de las partes y teoría de la imprevisión en ADCU tomo XV, Montevideo, FCU p.7-17 y, en una segunda etapa: FERNANDEZ, Gabriel (2004) La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia en ADCU tomo XXXIV, Montevideo, FCU p.553-564; GROISMAN, Carlos (2004) Endeudamiento en moneda extranjera e imprevisión, en ADCU tomo XXXIV, Montevideo, FCU p.585-591; BERDAGUER, Jaime. (2007) Teoría de la imprevisión y lesión calificada. Fundamentación y comentarios del nuevo Proyecto de ley presentado por el Instituto de Derecho Civil en ADCU tomo XXXVII, Montevideo, FCU p.537-544; GAMARRA, Jorge. (2008) Ineficacia de la cláusula en moneda extranjera en caso de imprevisión en ADCU tomo XXXVIII, Montevideo, FCU. p.737-748. Entre los varios libros que han abordado el tema destacaría en posiciones encontradas: GAMARRA, Jorge (2006) *Imprevisión y equivalencia contractual: Código Civil o Torre de Babel*, Montevideo, FCU y BENITEZ CAORSI, Juan J. (2008) *La revisión del contrato*, Montevideo, Amalio Fernández.

Lo cierto es que en el derecho comparado ha empezado a abrirse camino una nueva tendencia que extiende la preocupación por el equilibrio contractual a la contratación privada. Es impulsada por instrumentos que tienden a regular la práctica negocial actual, como los principios UNIDROIT y los principios del Derecho Europeo de los Contratos, que han ido influyendo tanto en la interpretación como en la modificación de las regulaciones históricas.

Los principios UNIDROIT -a los que me he referido antes- han sido elaborados por prestigiosos juristas para orientar la unificación del Derecho Privado y son muy claros que, ante una situación como la descrita -que denominan *hardship*- corresponde negociar la recomposición y, en caso de no alcanzarse acuerdo, la consecuencia es la extinción del contrato o la recomposición judicial ⁽³⁵³⁾. A su vez, en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PDEC) propuestos por la Comisión Lando, el tema aparece como "*cambio de circunstancias*" y se dispone que "*si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo, el juez podrá poner fin al contrato o adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa*" ⁽³⁵⁴⁾. Se agrega además que, si alguna de las partes hubiera actuado de mala fe, negándose a negociar o abandonando sin razón la negociación, corresponde una condena por incumplimiento y la reparación de daños.

En la misma línea, el civilista italiano Enrico Gabrielli sostiene que el contratante perjudicado por circunstancias supervinientes ("*sobreveniencias*") "*tiene acción para hacer declarar la resolución del contrato*" y, para evitar la resolución, la otra parte puede formular

353 Principios UNIDROIT, Art.6.2.3: "(Efectos de la "excesiva onerosidad" (*hardship*)) (1) En caso de "excesiva onerosidad" (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio".

354 "Artículo 6:111: Cambio de circunstancias. 1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costos de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. 2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. 3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura".

una "oferta de modificación del contrato" ⁽³⁵⁵⁾ ⁽³⁵⁶⁾. En algunos países latinoamericanos ya se han dictado disposiciones al respecto ⁽³⁵⁷⁾.

Entre nosotros es aún muy fuerte el paradigma liberal de la autonomía de la voluntad y la intangibilidad del contrato entendida como apego literal a los términos del pacto. Esto hace reticente a la doctrina mayoritaria ante claras situaciones de *hardship* y por ello, rechaza los intentos de considerar la incidencia de circunstancias imprevistas y ajenas a la conducta del obligado que, sin constituir imposibilidad liberatoria, puedan afectar el sinalagma contractual, en la etapa funcional o de ejecución ⁽³⁵⁸⁾.

Sin embargo, progresivamente fueron apareciendo intentos contruidos desde nuevos paradigmas, como el principio de igualdad, afectado por la desigualdad de poder negocial entre las partes, el principio de equilibrio contractual, jaqueado por eventos imprevistos y graves, la reinterpretación de la causa contractual que la liga a la operación económica que da sentido al o los contratos coligados otorgados. En esta línea deben

355 GABRIELLI, Enrico. *Doctrina General del Contrato*, Montevideo, F.C.U., 2009, p.183 y 189.

356 Entre los muchos autores que se han ocupado del tema consultamos: RODRIGUEZ, Libardo (2011) El equilibrio económico en los contratos administrativos en Derecho PUCP, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú* N°66, p.55-87; ALTERINI, Atilio Aníbal. Teoría de la imprevisión y cláusula de *hardship*. Recuperado www.alterini.org/ton_linea/ton_aaa10.htm; CASTRO, Ana María y ZAPATA, Ana Cecilia. (2005) El *hardship* en los contratos internacionales en *REVISTA e – Mercatoria* Volumen 4, Número 2, Colombia, p.1-26; GALGANO, Francesco (2007) El contrato en las relaciones transnacionales. Ponencia que el autor expuso en el I Congreso de Derecho contractual europeo y Principios UNIDROIT, en Universidad de las Islas Baleares, 26 y 27 de abril de 2007. Publicación *ADC*, tomo LX, 2007, fasc. III.p.1295-1304; MOMBERG URIBE, Rodrigo. (2010) Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile en *Revista Chilena de Derecho Privado* N°15, Santiago, p.29-64; FRANCO ZARATE, Javier Andrés (2012) La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia en *Revista de Derecho Privado*, N°23, p. 245 – 277, disponible <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri>; ALFONSO SANCHEZ, Sixto. (2016) *Hardship* en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado. <https://www.researchgate.net/publication/49912223>;

357 FRANCO ZARATE, J. A. Trabajo citado...La excesiva onerosidad....

358 Entre nosotros, la doctrina parece alinearse en dos tendencias, una claramente liderada por BLENGIO, Juan (1997) La autonomía privada de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo (ADCU)*. tomo XXVII, p.395-414; (2001) ¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? en *A.D.C.U.* tomo XXXI p. 539-554; (2002) Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera parte, en *A.D.C.U.* tomo XXXII p.571-588; (2003) Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute. Segunda parte en *A.D.C.U.* tomo XXXIII p.481-490; (2005) El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica en *A.D.C.U.* tomo XXXV p.581-596; (2009) La parte contractual débil en *ADCU* tomo XXXIX p.623-633; (2013) El contrato y la operación económica. Primera parte en *Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo I, p.31-43 y (2014) El contrato y la operación económica. Segunda parte. Su recepción jurisprudencial. Su incidencia en los poderes del Juez en *Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo II, 2014, p.31–39. La tendencia contraria está defendida, entre otros, por CARNELLI, Santiago- SARLO, Oscar (2001) El principio de igualdad y la contratación en el Código Civil en *A.D.C.U.* tomo XXXI, p.597-613; MOLLA, Roque. (2005) Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo en *A.D.C.U.* tomo XXXV p.726-734; GAMARRA, Jorge. (2006) *Imprevisión y equivalencia contractual (Código Civil o Torre de Babel)* Montevideo, FCU; SZAFIR, Dora (2009). *Consumidores*, 3a.ed. Montevideo, FCU.

citarse, notoriamente, los trabajos de J. Blengio que, aunque inicialmente discutidos con cierta dureza, han ido abriendo un camino valioso a la reflexión privatista y las últimas reflexiones de J. Gamarra sobre la causa contractual y sobre las relaciones de consumo ⁽³⁵⁹⁾.

Gradualmente surge doctrina que admite la necesidad de recomponer el equilibrio contractual también en la contratación privada e invoca el principio de buena fe - expresamente mencionado para el cumplimiento del contrato por el texto legal- como premisa de una "*obligación de renegociar*" para buscar una solución, aunque no existe acuerdo sobre las consecuencias de la falta o del fracaso de la renegociación. Particularmente, Gamarra ha admitido esa obligación de renegociar "*fundada en la buena fe*" aunque sostiene que, de no alcanzarse acuerdo, no sería jurídicamente admisible la recomposición judicial -el juez no tiene facultades para intervenir un contrato- pero estima que una resistencia dolosa o culpable a la recomposición, daría mérito a una condena judicial a reparar daños ⁽³⁶⁰⁾. En cambio, Blengio parece inclinarse por el mismo criterio de los principios UNIDROIT y sostiene que "*si el sujeto lesionado invoca la hardship, y las partes no se ponen de acuerdo en renegociar el contrato, el tribunal...puede disponer la extinción de la relación contractual o adaptar el contrato en vista de restablecer el equilibrio de las prestaciones*" ⁽³⁶¹⁾.

En algunos civilistas de la nueva generación que asumen la crisis del paradigma liberal de la autonomía contractual irrestricta, se advierte mayor sensibilidad para incorporar una tendencia más solidaria o de colaboración en el cumplimiento, según la cual el contrato no es comprendido como la síntesis del conflicto entre intereses antagónicos, sino como una interacción económica que requiere un mínimo de convergencia, de solidaridad, de moderación de aspiraciones egoístas "*dejando paso a la confianza mutua de los contratantes en la observancia del equilibrio contractual, cuyo fundamento reside en un deber de lealtad que impone a las partes un mínimo de solidaridad...*" que consiste en no

359 Me remito a la cita anterior sobre los trabajos de Juan Blengio. En cuanto a las reflexiones de Jorge Gamarra sobre la causa contractual, que son innovadoras y relevantes, a mi juicio, abren un camino al cambio de perspectiva, aunque el autor no modifique su posición sobre la intangibilidad del acuerdo contractual en el derecho uruguayo en cuanto a la "equivalencia económica del intercambio". GAMARRA, Jorge. (2006) Operación económica, coligamiento contractual e interpretación en *ADCU* tomo XXXVI p.617-632; (2009) Suprema Corte de Justicia N°127, 20/5/09. Formalismo jurídico versus principios generales de derecho. Interpretación del contrato. Selección de textos y comentarios de Jorge Gamarra en *ADCU* tomo XXXIX p.895-906; (2009) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXVI, Teoría general del contrato. Montevideo, F.C.U. Capítulos sobre Operación económica p.271-278, Contratos conexos y coligados p.279-294, Causa concreta y relevancia del motivo, p.295-307. La crítica sobrevino en CARNELLI, Santiago (2012) Análisis de la nueva doctrina de Gamarra sobre la causa del contrato en *ADCU* tomo XLII p.419- 438.

360 GAMARRA, Jorge (2009) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXVI, Montevideo, FCU, p.243-245.

361 BLENGIO, Juan. ¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual, en *A.D.C.U.* tomo XXXI, cita en p. 551.

aprovecharse unilateralmente del contrato, en no sacrificar los intereses del co-contratante (362). Se impulsa una *"nueva moralidad contractual"* fundada sobre la buena fe, que preserva la justicia negocial al procurar evitar una desproporción relevante entre las prestaciones (363).

Sigue siendo difícil cambiar la perspectiva. De Cores, que en su última obra parece abrir una posibilidad a este novísimo enfoque, diciendo que *"el inicio del tercer milenio presenta un panorama de la teoría general del contrato exigente desde el punto de vista ético, hasta el punto de hablarse de principios de equilibrio, fraternidad y solidaridad contractual"* (364), en el desarrollo de esa idea cita a R. Halson diciendo que *"las reglas legales que permiten modificar los pactos (lesión, imprevisión, etc.) constituyen un imperativo pero están en tensión con las reglas que buscan prevenir los comportamientos oportunistas"* (365) y, tras una extensa reflexión en la que destaca el avance que representan reglas y teorías que *"tienden a lograr la liberación de una situación de pasivo insostenible"* (366), parece inclinarse finalmente por proteger el equilibrio en la etapa de concertación del contrato pero no más allá: otorgado el contrato, prevalece el principio de responsabilidad contractual que exige cumplir puntualmente los acuerdos. Así, planteando el problema como un dilema moral señala que *"la duda central que provoca la teoría de la fraternidad contractual es hasta qué punto el derecho contractual...puede imponer a las partes que cedan sus posiciones en pos de los intereses de la otra"* y sugiere de inmediato su decisión a ese dilema: *"En el umbral del siglo XXI, la sensibilidad moderna...rechaza la ejecución inhumana del contrato. Sin embargo, el cumplimiento de la obligación ...sigue siendo concebido como un imperativo moral...desde los inicios mismos de la reflexión sobre el Derecho"* (367).

Síntesis provisional III.

En la doctrina sobre la contratación pública se asigna especial relevancia al sinalagma funcional que implica la conservación o recomposición del equilibrio económico que dio causa al contrato. Parece importante señalar que esa idea de preservar y recomponer el equilibrio contractual, pese a tener el mismo origen y fundamento histórico que la tesis de la sustantividad de los contratos administrativos, no está necesariamente ligada a ella y no debe verse como la contrapartida de ejercer ciertas facultades

362 BENITEZ CAORSI, Juan J. (2013) *Solidaridad contractual*, México, Ubijus, 2013. p. 48.

363 BENITEZ CAORSI, Juan J. Obra citada... *Solidaridad contractual*, p.155.

364 DE CORES, Carlos (2015), *Pasado, presente y futuro...* p.712.

365 DE CORES, Carlos (2015), *Pasado, presente y futuro...* p.718.

366 DE CORES, Carlos (2015), *Pasado, presente y futuro...* p.727.

367 DE CORES, Carlos (2015), *Pasado, presente y futuro...* p.725.

exorbitantes. Por el contrario, a mi juicio se asienta en la idea de sinalagma funcional y, por ende, alude a la causa del contrato y, por esa misma razón, es exigible sin que haya mediado ejercicio de potestades excepcionales, como son los casos en que la alteración del equilibrio proviene de causas extrañas a la relación contractual, como los que analizan, entre muchos otros, C. Levrero y G. Ruocco, como sujeciones imprevistas o imprevisión.

Se trata de conservar el significado económico del sinalagma en la etapa de cumplimiento del contrato y la obligación de recomponerlo se justifica por el principio de buena fe, reconocido como uno de los principios fundamentales en el derecho contractual. Por lo que no se desprende ni es la contrapartida de prerrogativas extraordinarias injustificadas.

Por otra parte, la consecuencia directa de la alteración del equilibrio es hacer exigible la obligación de revisar el acuerdo y renegociar para recomponerlo y no la inmediata intervención de un juez para ajustar las condiciones contractuales. Tras las primeras experiencias de la década de los ochenta, en que el juez asumió esa tarea, las propuestas actuales consideran esa posibilidad, en caso de aceptarla, como último recurso.

Al hacerse cargo de resolver los problemas creados por alteraciones no previstas que destruyen la causa del contrato para una parte, con la finalidad de conservación útil del contrato, la doctrina publicista se ha adelantado -a mi juicio- a la posición dominante en el derecho privado que, muy lenta y tímidamente, empieza a enfocar ese problema con algo más de sensibilidad.

Reflexionando sobre la persistente diferencia entre la contratación pública y privada, no tengo duda de que una nueva teoría general del contrato debería revisar este problema y me atrevo a pensar que la solución aceptada en la contratación pública constituye un aporte a incorporar al nuevo marco normativo contractual. Destacados civilistas contemporáneos explicitan en sus obras que *"la buena fe constituye la base moral del tráfico jurídico"* ⁽³⁶⁸⁾ y parece moral y jurídicamente inadmisibles que se pretenda hacer cumplir forzosamente un contrato afectado por excesiva onerosidad superviniente hasta el final del plazo contractual pactado. Quizás debiéramos convenir que *"la intangibilidad del contrato se exceptúa cuando la relación se vuelve intolerablemente inequitativa... cuando se ha trastornado su economía interna, a tal punto que el interés perjudicado desaparece"* ⁽³⁶⁹⁾.

³⁶⁸ LARENZ, GORPHE, transcritos por Benítez Caorsi en la obra citada. El autor uruguayo sostiene en su excelente trabajo que *"el deber de buena fe requiere durante la ejecución del contrato, renegociar los términos de la convención que se encuentra amenazada por el cambio de circunstancias a fin de asegurar su perennidad"*, p. 268.

³⁶⁹ BENITEZ CAORSI, Juan. Obra citada...*Solidaridad contractual*, p. 270

VIII. Conclusiones

1. *“El instituto del contrato constituye uno de los pilares básicos del orden económico de nuestra civilización y es el cauce a través del cual se realiza la función económica básica de intercambio y de distribución de toda clase de bienes y servicios entre los individuos y los grupos sociales”*. Con estas palabras, L. Díez-Picazo, nos recuerda que *“la contratación se ha convertido en un mecanismo de interacción social imprescindible en la vida moderna”* y que ha ido experimentando cambios en la forma de cumplir esa función ⁽³⁷⁰⁾. La relevancia actual de la contratación pública condujo a la Organización Mundial de Comercio a reconocer *“la necesidad de un marco multilateral efectivo para la contratación pública, con miras a conseguir una mayor liberalización y expansión del comercio internacional y a mejorar el marco en que éste se desarrolla”* ⁽³⁷¹⁾.

2. Creo haber mostrado que es posible aceptar la identidad sustancial entre la contratación pública y la contratación privada y es deseable y necesario que ambas compartan unos mismos conceptos, principios y reglas generales. La dificultad para admitirlo radica, en parte, en que las comunidades académicas de juristas tienden a centrarse en parcelas más o menos acotadas del ordenamiento normativo y a defender celosamente una suerte de autonomía científica propia, sin advertir que se trata de recortes artificiales de ese universo, producto de tradiciones disciplinares particularmente persistentes y, a veces, exacerbadas. Es cada vez más evidente la necesidad de diálogo entre los distintos especialistas porque la práctica jurídica no puede ser comprendida como mera agregación de compartimientos estancos.

Entonces, como sostuvo con claridad y acierto Mariano R. Brito, *“los avances del derecho público reclaman abrirse a la revisión de la teoría de los privilegios, prerrogativas e inmunidades del poder”*. Interpelándonos agrega: *¿Es posible ya, a esta altura de los tiempos sostener la presunción de legitimidad de la operación administrativa o la ejecutoriedad de las decisiones y la coacción administrativa, en términos de regla o de principio? Antes bien ¿no será necesario el debido acotamiento para someter a la acción estatal a unas reglas de derecho común de principio?”* ⁽³⁷²⁾.

370 DIEZ-PICAZO, Luis (2004) Contrato y libertad contractual en Themis *Revista de Derecho* N°49, Perú, Asociación civil Themis, p.7-14.

371 Preámbulo del Acuerdo sobre Contratación Pública aprobado por la OMC en Acta de Marrakesh del 15.4.1994.

372 BRITO, Mariano R. (2004) *Derecho Administrativo. Su permanencia-contemporaneidad-prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.282.

3. Reconocer diferencias entre las personas jurídicas estatales y las personas individuales o las personas jurídicas privadas, implica admitir que su modo de constitución y funcionamiento y también sus fines son distintos. Pero servir al interés colectivo o al bien común, no conlleva *per se*, el derecho a imponer su voluntad a quienes hayan contratado bajo condiciones establecidas en las normas vigentes y en los acuerdos libremente consentidos. Todas las personas tienen derechos y contratar con el Estado no les coloca en una situación especial de sujeción jurídica que no tendrían respecto de cualquier otro contratante: el Estado debe sujetarse a las normas jurídicas sin gozar de privilegios especiales porque en eso consiste un Estado de Derecho.

Ninguna prerrogativa especial puede ser aceptada sin norma habilitante o estipulación expresa pero, si hubiera tales normas o cláusulas, su legitimidad depende de que cuenten con una justificación razonable. De lo contrario, deberían ser derogadas o suprimidas de los pliegos de condiciones, porque resultan contradictorias con la idea de vinculatoriedad de los acuerdos contractuales y crean un desequilibrio inaceptable entre las partes del acuerdo contractual. Hasta hoy ninguna de las justificaciones generales ensayadas por la doctrina satisface el estándar de racionalidad necesario para hacer aceptable un poder de tal entidad.

Coincido con quienes sugieren que es posible que la teoría que las defiende incurra en una indebida trasposición de construcciones doctrinarias pensadas para los actos administrativos al ámbito de la contratación pública, olvidando lo que ya había percibido la doctrina francesa más antigua, la diferencia entre actos de autoridad y actos de gestión, entre actuar por imposición o actuar mediante acuerdos negociados. El resultado no es otro que crear confusiones, como los “actos separables de los contratos”, y ofrecer remedios insuficientes para las decisiones ilegítimas, como es el recurso a las vías impugnativas establecidas para los actos administrativos.

4. Hablar de una teoría general unitaria de contratos no implica desconocer ni quitar relevancia al hecho de que las personas públicas estatales son creadas para fines específicos y su actuación se rige por algunos principios y reglas especiales. Esa normativa de derecho público regula la formación de la voluntad administrativa que crea actos jurídicos, unilaterales o convencionales, y las exigencias para la validez de las decisiones administrativas condicionan la validez de los actos y contratos, Esa normativa específica, que es relevante en la contratación pública, no obsta una teoría general de los contratos; en todo caso, es una peculiaridad a tener en cuenta para analizar y evaluar la decisión

administrativa necesaria para otorgar un contrato, tema bien analizado por los especialistas en derecho público.

Tampoco una teoría general impide que, por razones debidamente fundadas, se adopten algunas normas especiales para todos o para algunos de los contratos que regularmente otorga la Administración para cumplir sus cometidos o alcanzar algunos de sus fines. No discuto que la gestión del interés público pueda llegar a exigir, a veces, algunas normas especiales o previsión de ciertas cláusulas en los pliegos de condiciones o textos contractuales: lo considero inaceptable es la tesis que sostiene que, aún sin ellas, los entes estatales gozan de prerrogativas especiales que exorbitan las facultades de cualquier otro sujeto contratante o sostener que puede establecerse cualquier regla. Toda la regulación que se adopte en materia contractual habrá de ser compatible con los principios y normas generales que alcanzan a todos los contratos. Vale decir: no podrá ser admitida como especificidad ninguna prerrogativa que desnaturalice la figura del contrato.

5. La construcción de una nueva teoría general de los contratos más que un objetivo valioso, es necesaria: la exige la realidad económica y social de nuestro tiempo. Es una exigencia de la economía global y los intercambios a escala mundial, de la generalización de nuevas formas de negocios que requieren una regulación que asegure condiciones negociales más justas. Es la protección del contratante más débil en términos de poder negocial y también la protección de los acuerdos contractuales ante contingencias no atribuibles a las partes que ponen en crisis la conservación del acuerdo inicial.

La urgencia de una teoría que asegure cierta uniformidad en la regulación contractual es innegable: mientras que en la contratación pública se sigue hablando de poderes de excepción vemos la variedad e importancia económica de los contratos que los entes estatales realizan acudiendo a mecanismos que les permiten ubicarse en el marco de la contratación privada, como son las sociedades instrumentales. Muchos analistas dan cuenta de esa especie de *“fuga del Derecho Administrativo”* y si bien algunos reclaman la extensión a esos contratos de la regulación jurídica prevista para la contratación pública, la realidad muestra que esa vía de escape se consolida y me atrevería a decir que la tendencia es la inversa: se extiende cada vez más las condiciones contractuales de derecho privado a los contratos que las entidades estatales otorgan con los agentes económicos, en particular, con inversores extranjeros. Si persistimos en ese doble discurso donde la realidad va en el sentido del capitalismo y el ideal busca el bien común, arriesgamos convertir la contratación pública en retórica principista que los agentes económicos y los entes estatales buscan eludir.

6. Esa tarea de crítica y construcción de una nueva teoría contractual, ya está en marcha, aunque es evidente que los proyectos transitan vías distintas y difieren en aspectos relevantes.

Una propuesta sustantiva pide proponer conceptos, identificar principios, sugerir reglas y no es tarea solitaria. Aquí sólo me propuse compartir reflexiones para desbrozar el camino.

Desde mi punto de vista cualquier teoría de contratos que se proponga deberá plantearse el problema de su justificación pública, esto es, deberá ocuparse de ofrecer las mejores razones para que personas racionales y razonables acepten sus conceptos, principios y reglas en un proceso de discusión plural y abierta, un proceso democrático sin exclusiones y sin coacciones.

En ese sentido, un camino claro empezaría por analizar la realidad contractual actual, discutir los valores que deberá asumir como focales -libertad, igualdad, equilibrio, seguridad, entre otros- y buscar la manera de articularlos y satisfacerlos en la mayor medida posible. En esa justificación el componente moral de la teoría no debería ser ignorado o marginado de la discusión: al contrario, debe ser parte central de la misma. Como nos enseña el gran filósofo práctico Ronald Dworkin, más que integrar a la moral en sus normas, el Derecho es un sector de la moralidad, en particular de la moral política ⁽³⁷³⁾.

Montevideo, 7 de diciembre de 2020

373 DWORKIN, Ronald, *Justicia para Erizos* (2014) Trad. H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, p.485 y 491. Dworkin sostiene allí que "el derecho es una rama, una subdivisión de la moral política" y que su distinción dentro de esa moral radica en su "institucionalización".

Referencias bibliográficas

- ALFONSO SANCHEZ, Sixto. (2016) Hardship en la contratación internacional: principios comunes para una unificación desde el derecho comparado.
Disponible: <https://www.researchgate.net/publication/49912223>.
- ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro (2005) *Lecciones de Derecho Administrativo*, Córdoba, Advocatus.
- ALTERINI, Atilio Aníbal. Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship. Disponible: www.alterini.org/ton_line/to_aaa10.htm.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, IEA.
- ATIYAH, Patrick S. (1986) *Essays on Contract*, Oxford, Oxford University Press.
- BAGCHI, Aditi (2015): "Distributive Justice and Contract", en KLASS, Gregory, LETSAS, George y SAPRAI, Prince (edit.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press p.193-212.
- BARBE DELACROIX, José. (1989) Contratos de la Administración en *Contratación Administrativa. Curso de Graduados 1988*. Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, FCU, p. 11-19.
- BARRA, Rodolfo Carlos (2002) El nuevo régimen de contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Número Especial, Buenos Aires, p. 13-19.
- BAYLEY, *Curso de Derecho Civil*, tomo I.
- BENITEZ CAORSI, Juan J.
(2008) *La revisión del contrato*, Montevideo, Amalio Fernández.
(2013) *Solidaridad contractual*, México, Ubijus.
- BENOIT, Francis-Paul (1968) *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz.
- BERÇAITZ, Miguel Angel (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2a. edición, Buenos Aires, Depalma.
- BERDAGUER, Jaime. (2007) Teoría de la imprevisión y lesión calificada. Fundamentación y comentarios del nuevo Proyecto de ley presentado por el Instituto de Derecho Civil en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXVII, Montevideo, FCU p.537-544;
- BERGSTEIN, Jonás
(1996) Contrato de distribución. Distribución de hecho. Justas causas de extinción. Rescisión abusiva. Preaviso razonable en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXVI, Montevideo, FCU p.538-544;
(2009) La extinción de los contratos de duración: trece años después en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXXIX, Montevideo, FCU p.813-824.
- BERRO, Florencia (2013) Extinción del contrato por rescisión unilateral por la Administración en DELPIAZZO, C.E. (Coordinador) *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, tomo I, Universidad de Montevideo, p.492-514.
- BLENGIO, Juan E.
(1983) "El art.1458 inc.2 del Código Civil, sus vinculaciones con la Teoría de la Imprevisión, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIII p.201-215;

(1997) La autonomía privada de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* (ADCU). tomo XXVII, p.395-414;

(2001) ¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXI, p. 539-554;

(2002) Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión que se discute. Primera parte, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXII p.571-588;

(2003) Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute. Segunda parte en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXIII p.481-490;

(2004) Incidencia del principio de igualdad en la contratación privada en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*;

(2005) El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXV p.581-596;

(2009) La parte contractual débil en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXIX p.623-633;

(2013) El contrato y la operación económica. Primera parte en *Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo I, p.31-43;

(2013) Cláusula resolutoria. Requisitos. Efectos. Mora. Ley 17.250 en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo I, Montevideo, p.207-210;

(2014) El contrato y la operación económica. Segunda parte. Su recepción jurisprudencial. Su incidencia en los poderes del Juez en *Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo II, 2014, p.31–39;

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni. (2016) *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons.

BRITO, Mariano R. (2004) *Derecho Administrativo. Su permanencia-contemporaneidad-prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo.

CACERES COUTO, Ana María (2013) Modificación de los contratos públicos en *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, tomo I. DELPIAZZO, C.E. Coordinador, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.437-459.

CAFARO, Eugenio B. y CARNELLI, Santiago.

(1984) Autolimitaciones de la eficacia negocial y cláusula resolutoria, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XIV, Montevideo, FCU p.169-174;

(1985) Resolución del contrato de pleno derecho por el incumplimiento del deudor en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XV, Montevideo, FCU p.134-137;

(1996) *Eficacia contractual*. Montevideo, FCU.

CAFFERA, Gerardo. (2016) Receso unilateral y operación económica: enredos ilustrativos en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo IV, Montevideo, FCU, p.53-58.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo

(1989) Extinción de los contratos de la Administración en *Contratación Administrativa*. Curso de Graduados 1988 del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Montevideo, FCU, p.117-129;

(2008) *Sobre Derecho Administrativo*, tomo II, 2a edición ampliada, Montevideo, FCU.

CARNELLI, Santiago

(1981) El desistimiento unilateral del contrato en GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIV Montevideo, p.233-255;

(2012) Análisis de la nueva doctrina de Gamarra sobre la causa del contrato en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XLII p.419- 438.

CARNELLI, Santiago- SARLO, Oscar (2001) El principio de igualdad y la contratación en el Código Civil en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. tomo XXXI, p.597-613;

CASSAGNE, Juan Carlos.

(1988) *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot;

(1999) *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

CASTRO RIVERA, Alicia. La pregunta por la causa del contrato: un giro pragmático de la doctrina, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo V, Montevideo, FCU, 2017 p.47-53.

CASTRO, Ana María y ZAPATA, Ana Cecilia. (2005) El hardship en los contratos internacionales en *REVISTA@ e – Mercatoria* Volumen 4, Número 2, Colombia, p.1-26.

CAUMONT, Arturo. (1989) Enfoque privatista de la contratación administrativa en *Contratación Administrativa. Curso de Graduados del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo*, Montevideo, FCU, 1989, p.195-210.

COVIELLO, Pedro José Jorge (2011) El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi? En *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Perú*, núm. 66, diciembre-junio 2011, pp. 169-194.

D'AGOSTINO, Fred (1992): "The Idea and the Ideal of Public Justification", *Social Theory and Practice*, vol. 18, N° 2: pp. 143-164 en p. 144.

DAGAN, Hanoch (2008): "The Limited Autonomy of Private Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, N°3, p. 809-834.

DE CORES, Carlos.

(1983) Teoría y práctica de la imprevisión, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIII, Montevideo, FCU, p.179-193;

(2012) La fragmentación en la teoría general del contrato en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de marzo de 2012 en *Revista de Derecho. Segunda época. Año 7. N° 7* (diciembre 2012), p. 65-113.

(2013) El equilibrio en los contratos con la Administración en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 8, Contratación Administrativa, Montevideo, La Ley Uruguay, p.667-688.

(2015) *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, UCUDAL.

DE CORES, Carlos, GAMARRA, Raúl y VENTURINI, Beatriz. (2015) *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Incumplimiento de contrato*, tomo I, 2a. edición, Montevideo, La Ley Uruguay.

DE LAUBADERE, André. (1970) *Traité Elementaire de Droit Administratif*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, tomo I.

DELPIAZZO, Carlos E.

(1999) *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo;

(2005) *Derecho Administrativo Uruguayo*, México, Porrúa, p. 227-229; (2009) *Derecho Administrativo General*, volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, Montevideo, A.M.F. p.441-447.

(2011) Transito de la contratación administrativa a la contratación pública en AAVV *Nuevos aspectos de las relaciones administrativas. En homenaje al Profesor Emerito Aníbal J. Cagnoni*. Semana académica del Instituto de Derecho Administrativo (octubre 2010), Montevideo, FCU p.337-352;

(2012) *Comentarios a la Ley de participación público privada*, Montevideo, Universidad de Montevideo;

(2015) Acerca de las sociedades estatales en *Comentarios al TOCAF. Sobre la contratación pública*, tomo II, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.335-364;

(2015) ¿Contratación administrativa, estatal o pública? en *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, tomo I. DELPIAZZO, C.E. Coordinador, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.13-35;

(2015) Panorama nacional de la contratación pública en el contexto latinoamericano en *Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo III, Montevideo, FCU, p 87-96;

(2017) Aspectos de interés en la ejecución de los contratos públicos, en *Revista de Derecho y Tribunales* N°32, Montevideo, 2017, p.57-60.

DELPIAZZO, Carlos E. y RUOCCO, Graciela (Directores) (2013) *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*, tomos I y II, Montevideo, La Ley Uruguay.

DIEZ-PICAZO, Luis (2004) Contrato y libertad contractual en *Themis Revista de Derecho* N°49, Perú, Asociación civil Themis, p.7-14

DIEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRIAS, Encarna y MORALES Y PONCE DE PEON, A.M. (2002) *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Madrid, Civitas.

DROMI, José Roberto

(1987) *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea;

(1996) *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina.

DURAN MARTINEZ, Augusto

(1989) Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de Derecho. Mutabilidad del contrato”, en, *Contratación Administrativa. Curso para graduados 1988 del Instituto de Derecho administrativo* Montevideo, F.C.U.; reproducido en DELPIAZZO, Carlos E. y RUOCCO, Graciela *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre actos y contratos de la Administración*, Montevideo, La ley Uruguay, 2013, tomo II, p.1434-1455;

(2008) Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, 1ª Ed., Directores: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales y Miguel Ángel Sendín García (Londres: Cameron May y la Junta de Castilla y León.

DWORKIN, Ronald

(2009) *El Imperio de la Justicia. De la Teoría General del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa.

(2014) *Justicia para Erizos*, Trad. H. Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. (2003) *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Legis.

ESCOLA, Héctor Jorge

(1977). *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I. Buenos Aires: Depalma;

(1984) *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma.

FARRANDO, Ismael. (2002) *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis.

FATA, Raquel (1989) Responsabilidad precontractual de la Administración en *Contratación Administrativa* (1989). Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Curso de Graduados, Montevideo, FCU, p.33-39.

FERNANDEZ, Gabriel (2004) La resurrección de la teoría de la imprevisión y sus vinculaciones con la noción de equivalencia en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXXIV, Montevideo, FCU p.553-564.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. (2005) El derecho del contratista al precio en los contratos administrativos en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas.

FERRI, Giovanni Batista. (2006) La nozione di contratto en RESCIGNO, Pietro y GABRIELLI, Enrico, *Trattato dei contratti*, Torino, UTET.

FRANCO ZARATE, Javier Andrés (2012) La excesiva onerosidad sobrevenida en la contratación mercantil: una aproximación desde la perspectiva de la jurisdicción civil en Colombia en *Revista de Derecho Privado N°23*, p.245-277. Disponible <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri>

GABRIELLI, Enrico. (2009) *Doctrina general del contrato*. Volumen I. El contrato y la operación económica. Trad. C. De Cores, Montevideo, FCU, p.14-15.

GALGANO, Francesco (2007) El contrato en las relaciones internacionales, en *Anuario de Derecho Civil (ADC)* tomo LX Fascículo III, p.1296-1304.

GAMARRA, Jorge

(1957-2009) *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomos I, VIII, X, XIV, XVII, XVIII y XXVI, Montevideo;

(1985) Cláusula en moneda extranjera. Voluntad de las partes y teoría de la imprevisión en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XV, Montevideo, FCU p.7-17;

(1996-1997) *Responsabilidad Contractual*, Montevideo;

(2006) *Imprevisión y equivalencia contractual: Código Civil o Torre de Babel*, Montevideo, FCU;

(2006) Operación económica, coligamiento contractual e interpretación en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXVI p.617-632;

(2008) Ineficacia de la cláusula en moneda extranjera en caso de imprevisión en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXVIII, Montevideo, FCU. p.737-748;

(2009) Suprema Corte de Justicia N°127, 20/5/09. Formalismo jurídico versus principios generales de derecho. Interpretación del contrato. Selección de textos y comentarios de Jorge Gamarra en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXXIX p.895-906.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.

(1963) La figura del contrato administrativo en *Revista de Administración Pública N°41*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p.99-130;

(1986) La significación de las libertades para el Derecho Administrativo en *Anuario de Derecho Humanos*. Madrid, p.122.

GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. (2002) *Curso de Derecho Administrativo*, volumen I, Madrid.

GODAY CARDILLO, Karina. (2013) Facultades del Poder Ejecutivo en materia de precios en la ejecución de los contratos públicos en *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, tomo I. DELPIAZZO, C.E. Coordinador, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.419-436.

GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique. (1990) *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea.

GRANT, Gilmore (1974) The death of contract en *The Ohio State University Press*, del que existe una traducción reciente en (2017) *La muerte del contrato*, Barcelona, Civitas.

GROISMAN, Carlos (2004) Endeudamiento en moneda extranjera e imprevisión, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXXIV, Montevideo, FCU p.585-591.

GUASTINI; Riccardo. (2015) Interpretación y construcción jurídica en *Isonomía* N°43, p.11-48.

GUTIERREZ, Martín (2018) Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Primer semestre 2018, Valparaíso, Chile, p.129-155.

HART, Herbert Lionel Adolphus (2004) *El concepto de derecho*, trad. G.Carrió, 2a.ed.Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

JIMENEZ CASTRO, Felipe (2017) La teoría del derecho de contra y su relación con la dogmática en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44 N° 2, p.395-421.

KANT, Immanuel. (1784) Qué es la Ilustración? en *Filosofía de la Historia*, México, Fondo de Cultura Económica.

KELSEN, Hans (1979) *Teoría Pura del Derecho*, trad. R.Vernengo, Montevideo, FCU.

KIMEL, Dori (2003): *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*, Londres, Hart Publishing.

LARRAÑAGA, Luis

(2008) Reflexiones sobre la cláusula resolutoria en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXXVIII p.749-759.

(2014) Los adicionales en el contrato de construcción en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, tomo II, Montevideo, FCU, p.125-136.

LEVRERO BOCAGE, Constancio. (1959-1961) "Fuerza mayor, *sujétions imprévues, fait du prince*, imprevisión" en *Revista D.J.A.* tomo 57, Montevideo.

LIET VEAUX, George (1956) Jurisprudence en *La Revue Administrative* volumen 9, año 54, Paris.

LOO GUTIERREZ, Martín (2018) Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Primer semestre 2018, Valparaíso, Chile, p.129-155.

MANTERO MAURI, Elías. (2003) Perfeccionamiento del contrato y responsabilidad estatal en el procedimiento licitatorio en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año II N°4, U.M. p.125-153.

MARIENHOFF, Miguel MARIENHOFF, Miguel Santiago. (1970) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

MARIÑO, Andrés (1998) La interpretación judicial del contrato en el Derecho uruguayo. Estudio del sistema de reglas hermenéuticas del Código Civil, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXVIII, Montevideo, FCU p.599-617.

MARQUISIO, Ricardo. (2014) *Una teoría normativa de la democracia*, Montevideo, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, UDELAR.

MAYER, Otto (1888) *Zur Lehre vom öffentlich-rechtliche Vertrag* (Trad: Doctrina del contrato público), en *Archiv des öffentlichen Rechts* 3 (Trad: *Archivo de Derecho Público* 3).

MEILAN GIL, José Luis (2016) Un meeting point de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública en *Revista di Direito Administrativo e Constitucional*, año 16, N°63, Belo Horizonte. Disponible www.revistaaec.com.

MENDEZ, Aparicio

(1950) *Derecho Administrativo, Primera parte*, tomo III, Montevideo;

(1952) *Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo*, Montevideo.

MOLLA, Roque. (2005) Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXXV p.726-734.

MOMBERG URIBE, Rodrigo. (2010) Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile en *Revista Chilena de Derecho Privado* N°15, Santiago, p.29-64.

NINO, Carlos Santiago. (1984) *Introducción al análisis del derecho*. 2a. edición ampliada y revisada de Notas de introducción al derecho, Buenos Aires, Astrea.

OLIVECRONA, Karl (1959) *El derecho como hecho*, trad. J.Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma. La versión original en alemán e inglés es de 1939.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. (2008) *Desequilibrio en los contratos, públicos y privados*, Montevideo, UCUDAL.

OVIEDO ALBAN, Jorge (2004) Los principios del derecho europeo de contratos: aspectos generales y formación del contrato en *Revista Foro Derecho Mercantil N°4*, jul.-sep./2004.

PEQUIGNOT, George. (1945) *Théorie général du contrat administratif*, Paris, Ed.Pedone.

PEZZUTTI, Miguel. (2015) Algunas reflexiones sobre el principio de especialidad (en especial, sobre la construcción de obra pública, en ROTONDO TORNARIA, Felipe (Coordinador) *Organización Administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, p.27-51.

POSNER, Richard Allen (2007) *El análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

PRAT, Julio A. (1978) *Derecho Administrativo*, tomo III volumen 2, Montevideo, Acali.

RAWLS, John (2000) Kant: el constructivismo moral en *Lecciones sobre historia de la filosofía moral*, Barcelona, Paidós, p.253-270.

RIVERA, Gonzalo. (2016) La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa en *Revista de Derecho (UCUDAL)*. 2da época. Año 10. N° 14, Montevideo, p.111-142.

RODRIGUEZ ARANA, Jaime (2008) Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC) N° 12*, p. 795-812.

Disponible: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7496/AD_12_art_42.pdf

RODRIGUEZ, Libardo. (2011) El equilibrio económico en los contratos administrativos en Derecho PUCP, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú N°66*, p.55-87.

ROSS, Alf (1963) *Sobre el derecho y la justicia*, trad.G.Carrió, Buenos Aires, Eudeba.

ROTONDO TORNARIA, Felipe. (2002) *Manual de Derecho Administrativo*, Montevideo, Del Foro.

RUOCCO, Graciela. (1989) Ejecución de los contratos. Alteración de la ecuación económico financiera del contrato. Teorías del hecho del príncipe, imprevisión y sujeciones imprevistas en *Contratación Administrativa. Curso para graduados 1988 del Instituto de Derecho administrativo*, Montevideo, F.C.U. p.77 y sgtes. Reproducido en DELPIAZZO, Carlos E. y RUOCCO, Graciela (2013) *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre actos y contratos de la Administración*, Montevideo, La ley Uruguay, tomo II, p.1481-1500.

SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo (1989) Adjudicación, vicios, impugnación. *Contratación Administrativa. Curso para graduados 1988 del Instituto de Derecho administrativo*, Montevideo, F.C.U. p. 41-55.

SANCHEZ FONTANS, José. (1953) *El contrato de construcción*, tomo I, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

SAYAGUES LASO, Enrique.

(1978) *La licitación pública*;

(2002) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 8a.ed. Montevideo.

SOTO KLOSS, Eduardo

(1978) La contratación administrativa; un retorno a las fuentes clásicas del contrato, en *Revista de Administración Pública*, N° 86, mayo-agosto, Madrid, p.569-584.;

(2000) La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásica del contrato en *Revista de Administración Pública* N°86, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p.69-584.

SUNDFELD, Carlos A (1994). *Licitação e contrato administrativo*, Sao Paulo, Malheiros.

SZAFIR, Dora (2009). *Consumidores*, 3a.ed. Montevideo, FCU.

VALLIER, Kevin y D'AGOSTINO, Fred (2014) "Public Justification" disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justification-public/>.

VAZQUEZ, Cristina

(1992) *Modalidades de ejecución de la obra pública*, Montevideo, Ed. Universidad;

(2011) *El Régimen de Participación Público-Privada*, Montevideo, Amalio Fernández;

(2016) La cuestión de las potestades públicas en los contratos de la Administración en *Revista Derecho y Tribunales* N° 30, junio 2016;

(2017) La interpretación de los contratos de la administración, en *XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Santo Domingo, y en *Revista de Derecho y Tribunales* N°32, Montevideo, AMF, p.13-43.

VENTURINI, Beatriz (1984) Teoría de la imprevisión. Comentario acerca de su aplicación en la sentencia dictada el 30 de julio de 1984 por el Juzgado Letrado Departamental de la Capital de 18° Turno en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XIV, Montevideo, FCU, p.139-141.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2010) *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como "Derecho común"*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot.

WALDRON, Jeremy (1987): "Theoretical Foundations of Liberalism", *The Philosophical Quarterly*, vol. 37, N° 147: pp. 127-150, p.128.

WILHEIM, Walter. (1980) *La Metodología Jurídica en el siglo XIX*, Trad. R. Bethmann, Madrid, EDERSA.

Jurisprudencia citada

Disponibles en www.legifrance.gouv.fr:

Conseil d'Etat de France "*Compagnie générale française des tramways vs. Ville de Marseille*" del 11.3.1910

Conseil d'Etat de France "*Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux vs. Ville de Bordeaux*" del 30.3.1916

Conseil d'Etat de France. "*Compagnie des tramways de Cherbourg contre la Ville de Cherbourg*" de 9.12.1932

Disponibles en publicaciones indicadas:

Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 18° Turno Sentencia N°47 del 30.7.1984 en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XIV p.137-138.

Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno Sentencia N°27/2017.

Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4° Turno Sentencia de 9.10.1984 en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XV, p.141-144.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno. Sentencia de 30.9.1985. La Justicia Uruguayo tomo 92 caso10.518.

Disponibles: www.bjn.poderjudicial.gub.uy:

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno. Sentencia N° 73 del 31.7.1996.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno N°27 de 6.3.2019.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno. Sentencia N° 84 de 4.6.2020.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N°225 de 12.5.1995.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N°907 de 9.10.1996.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N°157 de 17.8.1998.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N° 318 del 24.7.2000.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N°151 de 20.3.2003.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N°98 de 26.4.2004.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N°115 de 30.7.2007.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N°286 de 29.6.2009.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N°150 de 4.6.2020.

Suprema Corte de Justicia Sentencia N°169 de 25.6.2020.

Disponibles: www.tca.gub.uy:

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 160 del 28.4.1986.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°417 de 22.8.1988.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 327 de 25.5.1998.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°13 del 13.2.1989.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 807 de 15.10.1997.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 964 de 1.9.1999.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°1226 de 5.11.1999.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°3 de 1.2.2001.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°249 de 5.5.2001.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°698 de 22.11.2004.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°313 de 18.6.2007.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 419 del 2.9.2008.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°89 de 5.8.2009.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°65 de 23.6.2010.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°1028 de 22.11.2011.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°356 de 17.7.2012.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°9 de 5.2.2013.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°291 de 14.8.2014.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°126 de 13.2.2015.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N° 127 de 12.2.2015.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°189 de 12.3.2015.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°764 de 15.10.2015.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°464 de 4.8.2016.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°382 de 30.5.2017.
Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sentencia N°505 de 29.6.2017.