

El contrato administrativo: *lex inter partes* o *ius variandi*?

The administrative contract: *Lex inter partes* o *ius variandi*?

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO*

Resumen: En el presente trabajo se estudia si en los contratos públicos el principio de observancia de lo pactado (*pacta sunt servanda*, o *lex inter partes*) tiene preponderancia sobre el principio del *ius variandi* típico de los contratos administrativos. Se busca, a través del estudio del derecho comparado y de la doctrina que originó ambos principios, llegar a una síntesis de ambos. Mediante la aplicación del principio de la legalidad, se trata de arribar a un equilibrio de ambos, sin perjuicio de reconocer el autor la preeminencia del principio contrato-ley.

Palabras clave: Contratos administrativos – Contratos públicos – Contrato como ley – *Ius variandi* – Principio de legalidad.

Abstract: The present work studies if the principle of the *pacta sunt servanda* in public contracts has priority over the *ius variandi* (or the modification of public contracts) principle. The objective is to achieve a synthesis of both principles, through the study of the comparative law and doctrine that was the origin of both principles. So, by mean of application of the legality principle, the author tries to achieve a balance between both, notwithstanding the preeminence of the principle of contract as a law, as he affirms.

Key words: Administrative contracts – Public contracts – Contract as a law – *Ius variandi* – Principle of legality

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.– I. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO *LEX INTER PARTES*.– II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL *IUS VARIANDI*.– III. *¿PACTA SUNT SERVANDA* O MUTABILIDAD? UN INTENTO DE ARMONIZACIÓN.– IV. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

Una nota apreciable en el estudio de la ejecución y la interpretación de los contratos administrativos o de la administración es la puja que se presentaría entre el principio *lex inter partes*, propio de todo acuerdo

* Es abogado y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Integró la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal durante quince años y, en la actualidad, es juez de cámara retirado. Asimismo, es profesor titular ordinario de Derecho Administrativo y director de la carrera de especialización de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina. También ejerce como director del suplemento "Derecho Administrativo" de la revista *El Derecho* de dicha facultad.

jurídico, y del *ius variandi*. En más de un caso, cuando de un contrato público se trata, parecería que el principio liminar y preponderante sería este último. Aquí se tratará de indagar el grado de incidencia que dichos principios tienen en la referida materia, así como de determinar si se puede llegar a un prudente criterio jurídico en su aplicación, habida cuenta de que, si el contrato lo celebra el Estado, se encuentra allí presente un componente fundamental de toda actuación estatal: la observancia estricta del principio de legalidad administrativa¹.

Destaco que si bien utilizo la locución “contrato administrativo”, la tomo como sinónima de la más moderna de “contrato público”², común en los ordenamientos europeos, en el Derecho norteamericano y en los modelos de contratos de organismo internacionales. Se trata de una expresión que no solo comprende los típicos contratos administrativos, sino también aquellos que se rotulaban de “Derecho privado de la administración” (en realidad, la denominación correcta sería “contratos regidos parcialmente por el Derecho privado”, porque el componente iuspublicístico nunca dejará de estar presente)³.

Mas no cabe duda de que, si el contrato está regido fundamentalmente por el Derecho público, es ahí donde aparecerá en forma marcada la prerrogativa del *ius variandi*.

I. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO *LEX INTER PARTES*

Jean Dabin sostuvo que, si bien las convenciones entre los particulares no tenían la fuerza creadora del Derecho estatal —no considerándolos, por ende, reglas de Derecho—, el artículo 1134 del Código Civil francés, al referirse a la fuerza de ley de los contratos, señala que:

[...] el derecho de Estado no eleva la ley privada al nivel de ley del Estado: la mantiene en un plano subordinado, pero proclama que a los ojos del derecho de Estado obliga exactamente con la misma fuerza y bajo las mismas sanciones que la regla de derecho de Estado. De este modo el derecho de Estado se ha enriquecido con una nueva regla, de

1 Coviello, Pedro José Jorge. “Los contratos de Derecho privado de la Administración”. En *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2007, pp. 225 y siguientes.

2 Coviello, Pedro José Jorge. “El criterio determinante del carácter administrativo de los contratos”. En Autores varios. *La contratación administrativa en Iberoamérica*. Junta de Castilla y León, 2008. Véase también Benavides Russi, José Luis. “La internalización de los contratos públicos”. *El Derecho*, diciembre de 2010; y Aguilar Valdez, Oscar. “Sobre las fuentes y principios del Derecho global de las contrataciones públicas”. Artículo próximo a ser publicado en el número de aniversario de la *Revista de Derecho Administrativo* publicada por la editorial Abeledo Perrot.

3 Coviello, Pedro José Jorge. *Los contratos de Derecho privado de la administración*. Véase también ¿Contratos administrativos o contratos públicos? *La actualidad jurídica de los contratos estatales*. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza, celebrado del 15 a 17 de septiembre de 2010.

alcance general, ya inscrita en la moral: la del respeto a la palabra dada: *Pacta sunt servanda* [...]⁴.

Sin entrar en la discusión de si el contrato administrativo o de la administración es o no una norma jurídica —tema sobre el cual mi posición ha sido afirmativa, como expuse en un trabajo anterior⁵—, a mi entender, el acto administrativo, dentro de cuyo contenido incluyo a aquellos, participa del carácter preceptivo propio de toda norma jurídica⁶, al imponer obligaciones recíprocas a las partes, como consecuencia del compromiso o acuerdo asumido.

¿Por qué digo preceptivo? Simplemente porque debe cumplirse, como la misma ley. Y esto se refleja en la fuerza que dio al ligamen contractual nuestro codificador, Vélez Sársfield, al plasmar en el artículo 1197 del Código Civil una norma suficientemente conocida —hay una similar norma, verbigracia, en los códigos civiles francés⁷, español⁸ e italiano⁹— en el Derecho: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

En la doctrina nacional¹⁰ y extranjera¹¹ se ha hecho extensiva a los contratos administrativos la aplicación del principio *lex inter partes* y su derivado lógico, *pacta sunt servanda*, a los contratos administrativos. Ello sin dejar de apuntar que al lado de dicho principio jugaba igualmente el de su mutabilidad, en virtud de los intereses superiores en ellos inseridos¹².

EL CONTRATO
ADMINISTRATIVO:
¿LEX INTER PARTES
O IUS VARIANDI?

THE
ADMINISTRATIVE
CONTRACT: ¿LEX
INTER PARTES O
IUS VARIANDI?

4 Dabin, Jean. *Teoría general del Derecho*. Edición en español. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 41. Véase también del mismo autor *La philosophie de l'ordre juridique positif*. París: Sirey, 1929, pp. 40 y siguientes, donde signó a la regla jurídica solo emanante de la autoridad estatal y no de la voluntad de los particulares. Esta última obra fue, años más tarde, una de las bases mencionadas al inicio de la nota, según así lo advirtió el autor. Es interesante señalar que Renard escribió que “la ley y el contrato son las dos grandes fuerzas [ressorts] de la vida jurídica” (Renard, Georges. *La valeur de la loi*. París: Sirey, 1928, pp. 81-82).

5 Coviello, Pedro José Jorge. “El acto administrativo a la luz de las fuentes del Derecho y como sustento fundamental de la legalidad administrativa”. En *El acto administrativo como fuente del Derecho administrativo en Iberoamérica*. Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Florida: Congrex S.A., 2009, pp. 17 y siguientes.

6 Sobre el carácter normativo del Derecho, véase el trabajo y las citas en Coviello, Pedro José Jorge: “El Derecho: norma o realidad moral. A propósito de la tesis de Michel Villey”. *Prudentia Iuris*, números 29-49.

7 Artículo 1134, primer párrafo: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”.

8 Artículo 1091: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

9 Artículo 1372: “Il contratto ha forza di legge fra le parti”.

10 Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo III-A. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 440; Berçaitz, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda edición. Buenos Aires: Desalma, 1980, pp. 347 y siguientes; Escola, Héctor Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Tomo I. Buenos Aires: Desalma, 1977, pp. 371 y siguientes; y Mairal, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Primera Edición. Buenos Aires: Depalma, 1988, pp. 108 y siguientes.

11 Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo*. Volumen II. Décima edición. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 86-87; Santamaría Pastor, Juan Alfonso y Luciano Parejo Alfonso. *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Primera edición. Primera reimpresión. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, p. 413.

12 Véanse los autores y las obras citadas en las dos notas precedentes.

El problema aquí consiste en determinar qué es lo que debe prevalecer: el principio del contrato-ley o la potestad modificatoria. De reconocerse la amplitud de esta última posibilidad, tendría asidero la “peligrosidad” de la teoría general del contrato administrativo, como lo señaló el profesor Mairal en nuestro Derecho¹³.

Nuestros autores han hecho referencia a dicho principio, modulando su aplicación. Así, el maestro Miguel Marienhoff señaló que el principio general era el que tenía prioridad por constituir acuerdos entre las partes, puesto que, más allá de la posibilidad de la utilización de las prerrogativas administrativas que permiten el ejercicio del *ius variandi*, “dicho contrato, en lo fundamental, sigue siendo, no obstante, la ‘ley de las partes’, en el sentido de que él constituye y traduce la ‘substancia’ misma de lo que éstas han querido regular”¹⁴.

Berçaitz, de su lado, se pronunció en distinto sentido. Para él, el principio era el de la “mutabilidad del contrato administrativo”¹⁵, aunque fijó los límites a ese principio¹⁶. Mairal¹⁷ estudió el principio con relación a la doctrina de los propios actos, punto sobre el cual el autor consideraba innecesaria la utilización del *venire contra factum proprio*, y destaca, al mismo tiempo, el alcance que de ella se había dado en el Derecho comparado. En el acápite IV volveremos a referirnos a la posición de este autor.

El profesor Cassagne apuntó algo más al exponer el tema¹⁸, pues destacó que en el antiguo régimen la figura genérica del contrato ostentaba mayor estabilidad que con el advenimiento de la Revolución Francesa, debido a que se le daba primacía a la ley sobre el contrato. Pero el Código de Napoleón, a través de su artículo 1134, buscó dar estabilidad a las relaciones jurídicas originadas en los contratos. Empero, dicho principio se desdibujó a raíz de distintos acontecimientos económico-sociales que afectaron a las obligaciones en curso de ejecución:

Para Escola¹⁹, el primer criterio que dominaba la materia era el del *contractus lex*. Y más tarde Comadira, en la obra escrita conjuntamente con aquel²⁰, sostuvo el mismo principio: La doctrina está acorde en aceptar que en el régimen contractual administrativo, el principio de que las convenciones hechas en los contratos constituyen una regla a la cual las

13 Mairal, Héctor A. “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”. *El Derecho*, septiembre de 1998.

14 Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho...* Ob. cit., pp. 333-334.

15 Berçaitz, Miguel Ángel. *Teoría...* Ob. cit., p. 351.

16 *Ibid.*, pp. 391 y siguientes.

17 Mairal, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Depalma, 1988, pp. 108.

18 Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Tercera edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pp. 3-5.

19 Escola, Héctor Jorge. *Tratado...* Ob. cit., pp. 371 y siguientes.

20 Comadira, Julio Rodolfo y Héctor Jorge Escola. *Derecho administrativo argentino*. México: Porrúa, 2006, p. 673.

partes [...] deben cometerse como a la ley misma, mantiene su vigencia y debe ser aceptado en todo su alcance, aun cuando esté sometido a ciertas restricciones, como ocurre con la inmutabilidad de los términos contractuales, que sí es estricta en el derecho privado, es sólo relativa en el contrato administrativo.

No obstante ello, se insistió en el criterio de ley para las partes.

En la misma línea podemos situar a Farrando, quien, sosteniendo en primer término la preeminencia del principio, advierte que ello ocurre “con la diferencia de que esa ley no es inmutable”²¹. También se puede incluir a Nallar al poner de relevancia la preeminencia de lo pactado²².

En el Derecho francés parece, más bien, haber prevalecido la idea de la mutabilidad o potestad modificatoria del contrato administrativo por sobre el principio de la *lex inter partes*. Ello se ve en casi todas las obras. Por ejemplo, en Rivero: este reforzó la idea clásica del Derecho francés de la prerrogativa modificatoria del contrato frente a los principios del Código Civil francés²³. Otro tanto puede decirse de otro de los grandes del Derecho administrativo francés, como De Laubadère, quien, sin embargo, pese a haber insistido en la potestad modificatoria, dio particular tratamiento al principio de la fuerza obligatoria del contrato, puesto que, como escribió, “él no escapa al principio enunciado en el famoso artículo 1134 del Código Civil”²⁴. Otro tanto puede decirse de Pequignot, para quien la teoría de la mutabilidad “no suprime la fuerza obligatoria de los contratos administrativos: ella limita solamente el contenido de esta fuerza obligatoria”²⁵.

Autores franceses que dedicaron sus estudios a la materia contractual, como Richer²⁶ o Guettier²⁷, tampoco hicieron referencia al principio *contractus lex*, sino que derechamente trataron el “poder de modificación unilateral” e hicieron, todos ellos, empero, referencia a la posición contraria de opositores a tal formulación: es decir, *contractus lex* es el principio, y el poder de modificación es la excepción.

21 Farrando, Ismael. “Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo”. En Juan Carlos Cassagne e Ysern Rivero (directores). *La contratación pública*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 747 y siguientes, especialmente la página 767.

22 Nallar, Daniel M. “Potestades y prerrogativas en materia de contratos administrativos”. En *La contratación pública*. Ob. cit., pp. 781 y siguientes.

23 Rivero, Jean. *Droit Administratif*. Octava edición. París: Dalloz, 1977, pp. 123-124.

24 Laubadère, André. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Primera edición. París: L.G.D.J., 1956, pp. 40-41. En la segunda edición (*Traité des contrats administratifs*), publicada en 1983 por la misma editorial, ello se puede apreciar en el tomo I y en las páginas 724 y 725. Esta edición fue redactada con la colaboración de Franck Moderne y Pierre Devolvé.

25 Pequignot, Georges. *Juris-Classeur Administratif*. Fascículo 510, número 138. París: Editions Techniques, 1962, p. 21.

26 Richer, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Cuarta edición. París: L.G.D.J., 2004, pp. 240-242.

27 Guettier, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. París: Presses Universitaires de France, 2004, pp. 336 y siguientes.

Entre dichos opositores está un autor ciertamente polémico pero apasionante, como Francis Paul Benoit, quien, al contrario de la mayoría de seguidores de la doctrina francesa, sostiene que “el acuerdo de voluntades, base del contrato, es inconciliable con la noción de modificación unilateral”²⁸. A este fin también había señalado que la sustancia contractual del contrato administrativo explicaba la aplicación del principio de la inalterabilidad²⁹, que en realidad hizo coro a Jean L’Huillier, propugnador de la idea sobre la cual “el principio fundamental del Derecho de los contratos que es el de la fuerza legal de los contratos tiene preeminencia sobre las excepciones”, a las que califica de “puramente aparentes”³⁰.

Una postura particular fue la de Vedel. En la sexta edición de su *Droit administratif*, quizá la más conocida y traducida al español por la editorial Aguilar³¹, descartó la aplicación del artículo 1134 del Código Civil, cuanto menos en forma absoluta, en virtud de la existencia de las prerrogativas exorbitantes del Derecho común en cabeza de la administración, y del Derecho del contratista al respecto del equilibrio financiero³². Sin embargo, en las últimas ediciones —cuanto menos en la última, escrita con la colaboración de Pierre Delvolvé— invirtió la cuestión y dijo que, si bien en ediciones anteriores de la obra había escrito sobre la inaplicabilidad del artículo 1134, la fórmula “es sin duda excesiva”, puesto que “es una fórmula categórica la fuerza obligatoria del contrato administrativo, si no resulta directamente del artículo 1134 del Código Civil, está ligada a la noción misma de contrato, que es el acto por el cual los co-contratantes han determinado sus relaciones: si ellos concluyen el contrato, es para vincular los unos con los otros a ejecutarlo” (énfasis añadido). Ello sin perjuicio de reconocer la atenuación del principio por el carácter administrativo de los contratos³³. En términos análogos se pronunciaron Moderne y Delvolvé³⁴.

En el Derecho español, por otro lado, la figura egregia del recordado profesor Garrido Falla es la primera que se puede citar, puesto que fue la que fijó como primer principio que guía la ejecución de los contratos administrativos el de *lex inter partes*. Debido a que “el contrato administrativo tiene su origen en el contrato civil, participa también —salvo las correcciones que le dan su perfil característico— de este mismo dogma”. Y, en palabras bien premonitorias, agregó que “cuanto

28 Benoit, Francis Paul. *Le droit administratif français*. Dalloz: 1968, pp. 655-659.

29 *Ibid.*, pp. 591-592.

30 En “Les contrats administratif tiennent-ils lieu de loi à l’Administration”. *Recueil Dalloz*, 24e, Cahier — Chronique, 1953, pp. 87-90.

31 París: Presses Universitaires de France (PUF), 1976.

32 *Droit administratif*, pp. 248-250.

33 Tomo I. Décimo segunda edición. París: PUF, 1992, pp. 410-411.

34 Moderne, Franck y Pierre Delvolvé. “Las transformaciones contemporáneas del contrato administrativo en el Derecho francés”. *Revista de Derecho Administrativo*, 1991, números 7 y 8, mayo-diciembre.

menos evolucionado aparezca el régimen jurídico-administrativo de un determinado país, la aplicación del principio referido será tanto más rigurosa”. Luego le seguirían a ese principio el de la mutabilidad, el de la “administración-poder” y el del “contratista-colaborador”³⁵.

Boquera Oliver, sustentado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, postuló igual línea de pensamiento, “puesto que es un axioma jurídico nunca discutido que los contratos son ley para las partes contratantes”³⁶.

La posición de García de Enterría y Fernández está, a mi juicio, orientada en aquella dirección observadora del pacto, puesto que, si bien no lo formulan como principio al estudiar las prerrogativas de la administración, sí ponen en relevancia el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria. Asimismo, luego de la exposición del tópico, alertan que aquellas dejan “absolutamente intactas las reglas de fondo que definen los contenidos obligacionales del contrato”³⁷. Del mismo modo, cuando se refieren a la *ius variandi*, advierten que “resulta claro que tampoco queda rota, por paradójico que ello pueda parecer, la economía institucional propia del contrato —aun acudiendo para explicarla a su concreción estricta en el contrato civil— porque lo que ocurre es que esa economía institucional se ve alterada por la incidencia de una institución distinta, que viene a convertir el cumplimiento de las obligaciones en legalmente imposible (artículo 1.184 CC)”³⁸.

Meilán Gil encaró el estudio del principio³⁹ a partir de los pliegos de condiciones. Sin entrar aquí en punto a determinar si los pliegos de condiciones forman o no parte del contrato, o, en todo caso, cuáles de ellos —y, es más, sin siquiera indagar su naturaleza normativa—, lo cierto es que las largas consideraciones realizadas por el maestro español abocan —en mi interpretación— en la vigencia del principio. Esto se aprecia cuando, al tratar la modificación del contrato y sostener que la administración no puede renunciar a la potestad de ejercer dicha prerrogativa, se destaca, sin embargo, que “[el] sometimiento al principio de legalidad y al contrato, como *lex inter partes*, justifica que el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público, con justificación en el expediente”⁴⁰.

EL CONTRATO
ADMINISTRATIVO:
*¿LEX INTER PARTES
O IUS VARIANDI?*

THE
ADMINISTRATIVE
CONTRACT: *¿LEX
INTER PARTES O
IUS VARIANDI?*

35 Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho administrativo*. Ob. cit., pp. 85-89.

36 Boquera Oliver, José María. *Poder administrativo y contrato*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1970, p. 83.

37 García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I. Quinta edición. Quinta reimpresión. Madrid: Civitas, 1991, pp. 662-663.

38 *Ibid.*, p. 664. El artículo del Código Civil español reza: “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

39 Meilán Gil, José Luis. *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*. Madrid: Iustel, 2008, pp. 185 y siguientes.

40 *Ibid.*, p. 243.

González-Varas Ibáñez conjuga en el tema una posición que se puede llamar “eclectica”, al exponer —siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo— que, si bien rige en materia contractual el principio de inalterabilidad del contrato administrativo, las prerrogativas o facultades de la administración parten de la posibilidad de realizar una excepción con respecto al principio, al admitir que existe la posibilidad de que esta “pueda introducir las variaciones necesarias en función de lo que más convenga al interés público”⁴¹.

En un trabajo sobre el contrato administrativo, escrito, curiosamente, por un distinguido civilista —lo que no va en desmedro de su calidad jurídica— como Solas Rafecas⁴², se ha hecho referencia al denominado principio de inalterabilidad contractual, que rige tanto a los contratos públicos como a los privados de la administración, y que significa que los pliegos de condiciones particulares no pueden ser variados desde su publicación, ni antes ni después del perfeccionamiento del contrato —esto de acuerdo con el otro principio de igualdad de los ciudadanos—. Solas Rafecas diferencia al principio del *contractus lex* en que este —extensible a los que celebra la administración— “impone a las partes el cumplimiento estricto del contrato”. Para no alejarme del tratamiento del tema que nos convoca, me parece que el vétero principio *contractus lex* está incluido y es compatible con el de la inmutabilidad, o, en todo caso, si hubiera diferencia entre ambos, ella sería tan sutil como innecesaria.

Tenemos también el Derecho italiano, en donde, aunque se configuren los contratos públicos como contratos del Derecho privado, el régimen del Codice degli Appalti (decreto legislativo 163 del 12 de abril de 2006) prevé los casos en que puede darse la variación del contrato por parte de la administración —esto lo encontraremos en los artículos 30, 114 y 132, entre otros—. Sin embargo, el artículo 2, apartado 4 del Codice remite al Código Civil como norma subsidiaria. Y, justamente, el artículo 1372 de este dispone el contrato *ha forza di legge fra le parti*.

De tal forma, puede válidamente colegirse que, por entenderse contratos de Derecho privado, los contratos públicos tienen como primer principio el del *contractus lex*, sin perjuicio de la existencia de un apoderamiento modificadorio en favor de la administración cuando concurren causas justificantes.

Otro ejemplo está en el Derecho iberoamericano, en donde encontramos, en primer lugar, la posición del maestro Vidal Perdomo, de Colombia, quien enuncia como obligaciones de la administración y los derechos del contratista, en primer término, la de cumplir el contrato

⁴¹ González-Varas Ibáñez, Santiago. “El contrato administrativo”. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo IV. Pamplona: Thomsos-Civitas, 2008, p. 388.

⁴² De Solas Rafecas, José María. *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 40-43.

177

que tiene el Estado. Esto como consecuencia de que aquel es ley para las partes, sin perjuicio de señalar la posibilidad de modificación unilateral del contrato y, asimismo, como contrapartida, señala el principio del equilibrio económico-financiero en favor del contratista⁴³. En igual línea puede situarse a Rodríguez Rodríguez, quien, al tratar los principios de la contratación estatal, se remite, en primera instancia, a los principios generales del Derecho que guían la actuación administrativa en general. Entre ellos, el principio de legalidad y el de equilibrio entre garantías y prerrogativas, así como también los principios específicos de la materia contractual, como son los de transparencia, los de economía, los de responsabilidad, los de ecuación contractual, el de interpretación de la contratación estatal y el de selección objetiva⁴⁴.

En el Derecho peruano (ley 26850 o Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, texto ordenado por el decreto supremo 012-2001-PCM) no se contiene un principio en favor o en contra de uno u otro principio mencionado, aunque ciertas normas contenidas tanto en aquella ley (artículo 42), como en el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (artículos 135 y 136, decreto supremo 013-2001-PCM) habilitarían la posibilidad del ejercicio del *ius variandi* al reconocer la potestad de introducir adicionales, reducciones y ampliaciones a las prestaciones. Lo cierto es que, a mi juicio, el principio del *pacta* sigue vigente en primer término.

En efecto, en primer término, el artículo 117 del reglamento establece en uno de sus párrafos que “el contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título y, supletoriamente, por las normas del Código Civil”. Y, precisamente, el Código Civil peruano establece sobre la ejecución de los contratos: “Artículo 1361.- Fuerza vinculatoria del contrato. Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.” Y seguidamente se establece: “Artículo 1362.- Buena fe y común intención de las partes. Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Una interpretación razonable, acorde con los postulados emergentes del principio de la legalidad administrativa, me conduce a afirmar que las remisiones normativas hechas por la normativa específica peruana permiten entender que el principio es el *pacta* no solo por aplicación del artículo 1361, sino por la buena fe reconocida en el artículo 1362, que no es solo un principio general del Derecho, sino, sobre todo, un texto ético en materia del ejercicio de la función pública. De allí que sería contraria a la buena fe —o producto del capricho de algún

EL CONTRATO
ADMINISTRATIVO:
¿LEX INTER PARTES
O IUS VARIANDI?

THE
ADMINISTRATIVE
CONTRACT: ¿LEX
INTER PARTES O
IUS VARIANDI?

43 Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho administrativo*. Décima edición. Bogotá: Temis, 1994, pp. 198-199.

44 Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo. General y colombiano*. Décimo quinta edición. Bogotá: Temis, 2007, pp. 424-425.

funcionario— una modificación arbitraria, y, por tanto, ajena a las habilitaciones contempladas en dicha normativa⁴⁵.

Un apoyo local a lo que digo lo tomo de un trabajo de mi distinguido colega Danós Ordoñez, quien, en una elaborada exposición sobre el régimen de la contratación pública del Perú, nos dice que “no se ha previsto con carácter general la prerrogativa del *ius variandi* o modificación unilateral de los contratos por razones de interés público, salvo que se presenten situaciones que en las adquisiciones de bienes y servicios determinen la necesidad de disponer la ejecución de prestaciones adicionales”, para lo cual normativamente se prevén las condiciones para su ejercicio⁴⁶.

En México, Fraga muestra la influencia de Jèze —partidario de la idea principal de la mutabilidad del contrato—, aunque limitando tal atribución modificatoria: “el reconocimiento de las facultades de modificación y conclusión de los contratos administrativos no significa que el ejercicio de ellas pueda realizarse en una forma absolutamente discrecional por parte de la Administración”⁴⁷.

En el Derecho uruguayo, Prat se orientó en la línea netamente francesa antes expuesta —aquella de la prevalencia del principio de mutabilidad— en oposición a la de autores como D’Huillier y Benoit, sin por ello dejar de lado la existencia de límites estrictos para el ejercicio de la potestad modificatoria⁴⁸. Delpiazzo, reconociendo la existencia de la doctrina de la mutabilidad, se encamina por la idea de los efectos vinculantes del contrato y también menciona que las modificaciones provenientes de causas que a eso lleven precisan de un acuerdo previo de partes y no de la modificación unilateral de la administración⁴⁹.

En Brasil, se ha sostenido que el contrato administrativo —como cualquier contrato— debe ser ejecutado fielmente: cada parte debe ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, ello según las cláusulas contractuales y las normas pertinentes⁵⁰. Al mismo tiempo, por ser administrativo, están presentes las prerrogativas exorbitantes en orden a la protección de los intereses públicos, de consuno con las garantías de los particulares a ser resarcidos por las consecuencias de las modificaciones llevadas a cabo en procura de dichos fines públicos⁵¹.

45 Me remito a Sanz Rubiales, Íñigo. “Algunos problemas de la regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. En Autores varios: *Derecho administrativo*. Lima: Jurista Editores, 2004, pp. 647 y siguientes.

46 Danós Ordoñez, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. En Autores varios: *Derecho administrativo contemporáneo*. Ponencias del II Congreso de Derecho administrativo. Lima: Palestra Editores, 2007, pp.63 y siguientes, especialmente pp. 95-96.

47 Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. Trigésimo tercera edición. México: Porrúa, 1994, p. 402.

48 Prat, Julio A. *Derecho administrativo*. Tomo III, volumen II. Montevideo: Acali, 1978, pp. 300-301.

49 Delpiazzo, Carlos E. *Derecho administrativo uruguayo*. México: Porrúa, 2005, pp. 221-223.

50 Lopes Meirelles, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. Vigésimo segunda edición. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 202.

51 Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Cuarta edición. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 287-289.

En el Derecho chileno, Soto Kloss⁵² hace tiempo expuso que el procedimiento de ejecución del contrato está presidido por la idea esencial de que de él se obtenga el cumplimiento exacto de las prestaciones acordadas. Todo esto sobre la base de un intercambio recíproco que permita un trato justo en el equilibrio financiero de las prestaciones de donde se deriven soluciones impensables en el Derecho privado, a fin de solucionar situaciones imprevistas y de modo que se permita el intercambio justo de las mencionadas prestaciones.

Los países del *common law* mostraron una posición diversa. El *pacta sunt servanda* se traducía, por su contenido moral, al principio conocido como *sanctity of promise* o *sanctity of contract*⁵³. Así, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos, se ha estudiado el efecto del principio del *pacta sunt servanda* y los resultados, aparentemente, no coincidirían. En efecto, en el Derecho inglés —con el transcurso del tiempo— se segregó la idea moral que yacía en el cumplimiento de los pactos en detrimento de una más utilitarista, basada en la necesidad de la seguridad y de la predictibilidad en las relaciones contractuales⁵⁴. Nada desdeñable es la influencia liberal de la idea de la libertad contractual⁵⁵.

No obstante, la visión americana fue algo más práctica, pues dejó de lado el principio del *pacta* por el de responsabilidad contractual, por incumplimiento de la promesa. Mas en el país del norte la posibilidad de que se modifiquen relaciones contractuales asumidas por el gobierno se apoya, por un lado, en la *unmistakability doctrine* (“doctrina de lo inequívoco”), que permite que se modifique legalmente la economía de un contrato del gobierno, salvo que hubiere un inequívoco impedimento para hacerlo. Un ejemplo de ello se registró en el caso —ya clásico— *Winstar* (518 U.S. 839, 1996), donde se explicitó que tal criterio podía ser aplicable en la medida en que estuviera en juego el ejercicio de los poderes soberanos del gobierno. En Gran Bretaña, la doctrina equivalente sería la de la *executive necessity*⁵⁶.

En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha formulado en numerosos pronunciamientos que su Estado está tan vinculado en sus contratos como lo están los individuos (*Union P. R. Co. v United States*, 99 US 700), que los mismos principios de Derecho y justicia que

EL CONTRATO
ADMINISTRATIVO:
¿LEX INTER PARTES
O IUS VARIANDI?

THE
ADMINISTRATIVE
CONTRACT: ¿LEX
INTER PARTES O
IUS VARIANDI?

52 En “La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (a propósito de la distinción contrato administrativo /contrato civil de la administración)”. *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios Constitucionales, 1978, número 86, mayo-agosto, pp. 569 y siguientes, Madrid.

53 Wehberg, Hans. “Pacta sunt servanda”. *American Journal of International Law*, 1959, p. 775.

54 Di Matteo, Larry A. “The history of natural law theory: transforming embedded influences into a fuller understanding of modern contract law”. *University of Pittsburgh Law Review*, 1999, pp. 839 y siguientes, especialmente la página 884.

55 Sharma, K. M. “From ‘sanctity’ to ‘fairness’: an uneasy transition in the law of contracts”. *New York Law School Journal of International Law and Comparative Law*, 1999, pp. 95 y siguientes.

56 Foulkes, David. *Administrative law*. Octava edición. Londres: Butterworths, 1995, pp. 440 y siguientes.

prevalecen entre los individuos deben controlar la formación y la ejecución de los contratos entre el gobierno y los individuos (*Unites States v. Utah, N. & C. Stage Co.*, 199 US 414), que un contrato del gobierno debe interpretarse de la misma manera que los contratos entre los individuos, a fin de indagar la intención de las partes y darle efecto consiguiente, si ello puede hacerse en forma compatible con los términos del contrato o *instrument* (*Hollerbach v. United States*, 233 US 165).

Ahora bien, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos, la posibilidad de modificar el contrato del gobierno no parece haber suscitado repulsa, siempre y cuando la cláusula modificatoria lo permita y el resultado no comprometa una alteración sustancial en su economía. Lo que cuanto menos permite apreciarse en términos generales es que, partiendo de bases jurídicas distintas del Derecho administrativo continental europeo, estaría *in nuce* la idea de la *sanctity of contract* como concepto preliminar⁵⁷.

La *contract clause* es una institución jurídica del Derecho norteamericano a la que merece hacer una breve referencia. Ella se ha desprendido del artículo I, § 10, párrafo primero de la Constitución, que señala que ningún Estado dictará una ley que menoscabe las obligaciones contractuales⁵⁸. En un principio, se entendió comprensiva solo a las obligaciones entre particulares, pero, más tarde, a través del voto del intuitivo juez John Marshall en el caso *Trustees of Darmouth College v. Woodward*⁵⁹, fue extendida a los compromisos estatales. No obstante, para atemperar el criterio rígido de Marshall sobre la imposibilidad de que, al igual que los particulares, el gobierno pudiera desligarse de sus compromisos, el exquisito juez Joseph Story adelantó la posibilidad de que en tales relaciones se pudieran hacer reservas en los contratos o en sus constituciones —de llevar a cabo las modificaciones de forma unilateral—.

Sin embargo, en pronunciamientos posteriores y pese a la oposición de Marshall, la corte sostuvo, en *Ogden v. Saunders*⁶⁰, que la cláusula solo impedía la modificación retroactiva, pero no la prospectiva, debido a que ella no podía impedir que el Estado ejerciera su poder de policía o de dominio eminente, poderes que consideró inalienables⁶¹.

De acuerdo con la exposición de Tribe, a la cláusula contractual se amparan las “expectativas fundadas” (*settled expectations*), entendidas como aquellas que una persona mantiene confiadamente (*in reliance*) por los

57 Keyes, W. Noel. *Government contracts*. Segunda edición. St. Paul: West Publishing Co, 1990, especialmente las páginas 432 y siguientes; y Foulkes, David. *Administrative Law* (cita).

58 “No State shall [...] pass any [...] law impairing the obligations of contracts”.

59 17 U.S. (4 Wheaton) 518, 1819.

60 25 U.S. (12 Wheaton) 213, 1827. Véase Nowak, John E. y Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. West St. Paul, Minnesota: 1991, p. 397.

61 He seguido, aparte de la exposición de Nowak y Rotunda, la del profesor Laurence H. Tribe. *American constitutional law*. Segunda edición. Nueva York: Mineola, 1988, pp. 618-619.

compromisos expresamente asumidos por el soberano. Desde ese momento, la discusión girará en torno a cuál es la dimensión en que el poder soberano del Estado puede llegar a incidir sobre ellas⁶². Más adelante dirá el autor que, cuando el gobierno asume un compromiso, aparece un fuerte argumento en favor de la cláusula, como igualmente la noción de justicia (*fairness*) lleva a trascender a la cláusula en sí misma, a fin de arribar a un simple principio constitucional: “el Gobierno debe mantener su palabra”⁶³.

Dicha cláusula tuvo diferente utilización, puesto que hubo épocas en que fue aplicada y otras en las que se la olvidó, hasta tener una aplicación oscilante a partir de la década de 1970. Lo que se observa en general es que, si bien se la aplicó en las relaciones con el Estado, la corte americana usó el rasero de la prueba de la razonabilidad y se orientó negativamente a su aplicación concreta, como ocurrió en el caso *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*⁶⁴, en donde se justificó constitucionalmente una ley de emergencia del estado de Minnesota que producía una moratoria en las hipotecas privadas⁶⁵.

Una de las más recientes manifestaciones fue el caso *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*⁶⁶, donde la mayoría —a través del voto del juez Stewart— decidió declarar inconstitucional una ley del estado de Minnesota que alteraba los términos en que *Allied Steel* había establecido un fondo de pensión para sus empleados —equivaldría a un sistema privado de jubilaciones—. Dicha ley imponía cargas que afectaban los cálculos preestablecidos por la empresa, lo cual se consideró que alteraba sustancialmente sus relaciones con los empleados, al violar la cláusula contractual de la Constitución. La nueva norma obligaba a recalcular los compromisos asumidos por la empresa “en un área donde el elemento de la confianza era vital”, pero no existía en el expediente una prueba que acreditara que “tan severa afectación de las expectativas contractuales fuera necesaria para enfrentar un importante problema social generalizado”⁶⁷.

En el orden de los arbitrajes internacionales se ha destacado el debilitamiento del *pacta sunt servanda* ante los cambios observados en distintos países, sobre todo de parte de los países en otro tiempo llamados “del tercer mundo”⁶⁸. De todos modos, se apuntó que este principio sigue

62 *Ibid.*, pp. 616-617.

63 “Government must keep its word”: así se dijo en *Indiana ex. rel. Anderson v. Brand* (303 U.S. 95, 1938. Tribe, *American* [...]). La cita proviene de la página 619, números 9-10-6.

64 290 U.S. 398, 1934.

65 La cita proviene de Nowak y Rotunda. *Constitutional law*, p. 400.

66 438 U.S. 234, 1978.

67 Lockhart, William B., Yale Kamisar, Jesse H. Choper, Steven H. Schiffrin y Richard H. Fallon. *Constitutional law. Cases-comments-questions*, Octava edición. West St. Paul, Minnesota: 1996, pp. 362-369. La cita proviene de Nowak y Rotunda. *Constitutional Law*, pp. 402-404.

68 Frick, Joachim G. *Arbitration and complex international contracts*. La Haya: Kluwer Law International, 2001, p. 38.

siendo basilar en los contratos celebrados por los estados con inversores extranjeros, y que —a fin de buscar un término adecuado para la vigencia— debe prevalecer sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, con el objetivo de que se prevea una flexibilidad en las normas y en las cláusulas contractuales que permita una adecuación a circunstancias sobrevinientes⁶⁹.

En tal sentido, se trasladó al ámbito de las relaciones entre estados el señalado principio, pero con carácter genérico, como ocurrió en el arbitraje Sapphire (Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company, del 15 de marzo de 1963, donde el árbitro fue Pierre Calvin, juez federal de Lausana). El árbitro suizo dijo sobre el mencionado principio que se trata de “un fundamental principio de Derecho, que es constantemente proclamado por las cortes internacionales, y que los compromisos contractuales deben ser respetados. La regla *pacta sunt servanda* es la base de cada relación contractual”.

En el arbitraje Libyan American Oil Company (liamco) v. The Libyan Arab Republic, del 12 de abril de 1977, donde el árbitro fue Sobhi Mahmassani, el tribunal arbitral sostuvo que entre los principios generales del Derecho estaban aquellos reconocidos en la mayoría de sistemas legales, y en particular en la legislación libia —incluyendo los códigos modernos y la legislación islámica, entre los cuales están el de la santidad de los contratos y el respeto a los derechos adquiridos—⁷⁰.

En la Argentina, la Corte Suprema había hecho referencia al principio con relación a los contratos celebrados por el Estado aun cuando no se los hubiera considerado administrativos por excluirlos el respectivo régimen jurídico, como ocurrió en el caso de fallos (301: 525⁷¹), donde se dijo que “la teoría de la imprevisión no puede aplicarse para corregir agravaciones substancialmente previsibles de aquello a que las partes se obligaron, ya que el principio sigue siendo *siempre* el cumplimiento estricto de lo pactado: *pacta sunt servanda*” (énfasis añadido).

Más tarde lo reiteró en el caso Marocco (de fallos 312:84⁷²), que trataba de una demanda por diferencias en concepto del reajuste de un certificado final de variaciones de costos. La corte sostuvo que:

[...] la modificación unilateral de lo convenido por las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad de la contratista, *no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil*, sin que la posibilidad reconocida a la

69 *Ibíd.*, p. 39.

70 Nassar, Nagla. *Sanctity of contracts revisited: a study in the theory and practice of long-term international commercial transactions*. Dordrecht, Boston: M. Nijhoff, 1995, pp. 142-143.

71 “Intecar S.C.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro ordinario sobre mayores costos”, del 28 de junio de 1979.

72 “Marocco y Cía. S.A.C.I.F.I.C.A. c. Dirección Nacional de Vialidad s. ordinario”, sentencia del 9 de febrero de 1989.

Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del *ius variandi* pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que *no se ha alegado y manos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria* (énfasis añadido).

Y se agregó un muy importante principio: “*Si así no fuera, la noción misma de contrato quedaría desvirtuada*” (énfasis añadido).

Este es un precedente de particular relevancia para advertir que, para la corte, habría un orden de principios en el cual el liminar es el *pacta*, y, seguidamente, se abre paso el de principio de la mutabilidad, en la medida en que se den las circunstancias. La idea fue nuevamente formulada en el voto del juez Fayt en el caso Dulcamara, cuando, citando el precedente antes transcrito, dijo: “el contrato administrativo *constituye una ley para las partes*” (énfasis añadido). Y la idea fue reiterada en el caso Necon⁷³, donde se dijo que “aún tratándose de contratos administrativos, el principio es *siempre* el cumplimiento de lo pactado: *pacta sunt servanda*” (énfasis añadido).

En el caso Montes⁷⁴, volvió la corte sobre el mismo principio, al señalar que “el fallo recurrido es arbitrario por apartarse de una estipulación esencial del contrato, que es ley para las partes” (fallos: 308:618, entre otros). Un caso más reciente, que sirvió a la corte para resumir y ratificar la doctrina, fue Pradera del Sol. En él:

[...] los contratos administrativos constituyen una ley para las partes (Fallos: 313:376 [“Dulcamara”], considerando 11 del voto del juez Fayt; 315:1769 [“Montes”]); en ellos el principio es *siempre* el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*), y la modificación unilateral llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede ser justificada a la luz de lo expresamente dispuesto en el artículo 1197 del Código Civil (/Fallos: 312:84 [“Marocco”])⁷⁵ (énfasis añadido).

Es importante resaltar cómo al estampar el adverbio “siempre”, en todos los pronunciamientos citados, la corte hizo clara la preeminencia del principio *lex inter partes* en el contrato administrativo. Más claro ello no puede ser.

73 “NECON S.A. c. Dirección Nacional s. ordinario”, sentencia del 4 de junio de 1991, fallos: 314:491.

74 “Montes, José Antonio y Empresa Hidráulica Argentina (INHAR) c. Municipalidad de Quilmes”, sentencia del 25 de agosto de 1992, fallos: 315:1760.

75 “Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón”, del 2 de diciembre de 2004, fallos: 327:5356.

En la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal, la jurisprudencia ha sido constante en señalar, como primer principio, el del *contractus lex*. Así, en la causa Case⁷⁶, se plasma el principio como liminar: “un principio caro a todo tipo de contratos, sean administrativos o no, es el respeto a lo pactado”.

Y en el caso Sideco⁷⁷ se dijo que:

[...] uno de los principios cardinales que rigen en el marco de la contratación administrativa es el mismo que plasmó Vélez Sarsfield en el artículo 1197 del Código Civil: el contrato es *lex inter partes*, y de este principio, a su vez se deriva el de *pacta sunt servanda* [...] principio que, ciertamente, no excluye la aplicación de los procedimientos elaborados por la teoría jurídica en punto al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato [...] ⁷⁸.

Lo transcripto es solo una mera enunciación, porque son muchos los pronunciamientos del fuero contencioso administrativo federal en igual sentido⁷⁹. Esto permite colegir que lo primero ha sido tanto para la corte como para dicho fuero el principio *pacta sunt servanda*.

II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL *IUS VARIANDI*

Frente al principio *lex inter partes*, proveniente no tanto del Derecho privado, sino de uno de los principios generales del Derecho —como precedentemente se pudo ver—, la mutabilidad del contrato administrativo no nace tanto de una realidad ínsita a todos los contratos que celebra la administración, sino solo de una parte de ellos: los administrativos. Esto en la inteligencia de que se trata de aquellos que se celebran con los particulares en ejercicio de su función propia como poder del Estado, lo cual justifica el uso de sus prerrogativas de poder público⁸⁰.

El *ius variandi* obedece, ciertamente, a la prerrogativa, pero, por otro lado, también lo hace a la importancia de ajuste a las necesidades sobrevinientes, dado que muchos de los contratos a los que nos referimos son de larga extensión temporal. Por ejemplo, una concesión de servicio público o un contrato de obra pública.

76 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala V, 13 de diciembre de 1996.

77 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala I, 23 de noviembre de 1995.

78 Los mismos conceptos se reiteraron por el mismo tribunal en la causa “Ingeniería Faber”, del 25 de septiembre de 1997.

79 Se pueden citar entre muchos otros: “Metalúrgica Bulgar”, sala II, del 5 de octubre de 1993; “Empresa Tehuelche”, sala III, del 31 de mayo de 1988; “Sumi-Tot”, sala IV, del 12 de febrero de 2002; “Gardebled”, sala V, del 21 de julio de 2006; in re “Terminal de Buenos Aires”, sala I, del 14 de septiembre de 2004; y “Alusa Engenharia”, del 25 de junio de 2008.

80 No me detengo a verificar si podría aplicarse el principio a los contratos regidos parcialmente por el Derecho privado y en qué casos este podría darse, pues considero que sí sería posible —en una primera aproximación—, aunque de forma muy restringida.

Lógicamente, las necesidades de ajuste o las variaciones en la ejecución de los contratos públicos siempre existen: lo que ocurre es que hay que ver cómo se formula la idea de la mutabilidad. En primer lugar, debe tenerse presente que esta doctrina se formula en el seno del contrato administrativo que ha sido el modelo del Derecho francés, que, a su vez, es el de la concesión de servicios públicos. El caso que sirvió de base a los autores fue el *arrêt* del consejo de Estado *Compagnie Générale Française des Tramways*, del 21 de marzo de 1910. Allí, ante un cambio dispuesto por la prefectura de Bouches-du-Rhône al horario de prestación del servicio, en contradicción con las estipulaciones del pliego de condiciones, dijo el consejo de Estado que las modificaciones “implican para la administración el derecho, no solo de aprobar los horarios de trenes desde el punto de vista de la seguridad y de la comodidad de la circulación, sino aún de prescribir las modificaciones y las adiciones necesarias para asegurar, en interés del público, la marcha normal del servicio”.

En el caso fue también de particular importancia el informe del comisario de gobierno, Leon Blum, para asegurar la fuerza del principio, como igualmente los posteriores comentarios jurisprudenciales de Hauriou⁸¹ y de Jèze, que afianzarían la doctrina⁸² luego importada por otros países del mismo cuño jurídico; entre ellos, el nuestro.

El profesor Marienhoff, en nuestra doctrina, sostenía la el carácter innecesario de texto expreso que consagrara la potestad modificatoria, puesto que se trataba de una cláusula exorbitante del Derecho común, “virtual” —como así la rotulaba—, de donde se entendía que no se precisaba texto expreso. Esa potestad derivaba del carácter administrativo del contrato⁸³.

Lo que ocurre es que esa atribución estatal —irrenunciable para el Estado— no es para Marienhoff absoluta, sino que tiene sus límites, puesto que la alteración de los términos del contrato no puede afectar su sustancia. Por este motivo se debe tener en cuenta la índole del contrato, que determina el alcance de su intensidad⁸⁴. Cassagne señaló que constituye una potestad irrenunciable “configurando un principio general de la contratación administrativa, que integra el llamado régimen exorbitante. Como se advierte, entonces, la *potestas variandi* no surge, en principio, del contrato, sino del ordenamiento vigente, como una regla que se consuma a través del ejercicio de la prerrogativa modificatoria”⁸⁵. Este autor agregó —en el lugar citado en la nota—, siguiendo a García

81 Hauriou, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Tomo III. París: Sirey, 1929, pp. 470-481.

82 Long, M., P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé y B. Genevois. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Décima edición. París: Sirey, 1993, pp. 125 y siguientes.

83 Marienhoff. *Op.cit.* Tomo III-A, pp. 395-396.

84 *Ibid.*, pp. 398-400.

85 Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Tercera edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 94.

de Enterría y a Fernández, que lo único inmutable e inmodificable en esta materia es el fin del contrato administrativo, que prevalece sobre el alcance y la modalidad de las prestaciones⁸⁶.

Mata tiene dicho que, desde el dictado del régimen de reforma del Estado y del de contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por el decreto 1023/2001, “no es posible sostener la existencia de potestades implícitas de la Administración en la celebración y ejecución de los contratos administrativos, básicamente porque las atribuciones de ese carácter requieren un sustento legal explícito, atento la unilateralidad propia de su ejercicio”, a cuyo fin acude al principio *lex inter partes*⁸⁷.

En el mismo orden de ideas, se ha dicho que la potestad modificatoria “no constituye un derecho, sino que por su índole y su finalidad es una verdadera potestad, que le es inherente, que no puede ser renunciada por convenciones generales o especiales, y que aparece en todos los contratos administrativos, con independencia de que en ellos haya sido prevista o no, por cláusulas expresas, ya que tiene carácter virtual o implícito, lo que no impide que las partes puedan considerarla en sus convenciones”, mas la mutabilidad “debe ser limitada y sujeta a principios de razonabilidad”⁸⁸.

Como se puede apreciar por lo antes expuesto, el reconocimiento de la *potestas variandi* no implica la existencia de una prerrogativa carente de límites. Uno de ellos es *la razonabilidad*⁸⁹. Precisamente, ello se refleja en nuestro ordenamiento nacional en el decreto (delegado) número 1023/2001 del régimen de contrataciones del Estado, que, entre otras prerrogativas, reconoce al Estado la potestad de modificar los contratos “por razones de interés público” (artículo 12, inciso a).

Esa potestad no era nueva en la legislación ni en la doctrina, puesto que había sido admitida en los contratos de suministro por el anterior régimen contractual⁹⁰, así como en el régimen de obras públicas⁹¹. De todos modos, hay que aclarar que no se encontraba de una manera general. Las distintas prerrogativas que enuncia dicho artículo 12, en virtud del estado de nuestra doctrina y jurisprudencia, estaban de hecho ya consagradas, de manera que no agregó más a ello. Sí, en cambio, puede

86 Véase también del mismo autor “Las prerrogativas de poder público en los contratos administrativos”. En Autores varios. *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*. Junta de Castilla y León. Londres, 2008, pp. 49 y siguientes.

87 Mata, Ismael. “Prerrogativas de la administración en la contratación pública”. En Autores varios. *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*. Junta de Castilla y León. Londres, 2008, pp. 25 y siguientes.

88 La cita proviene de Comadira y Escola. *Derecho administrativo argentino*, p. 679.

89 Como escribió Farrando, “dentro de esos límites se encuentran aquellas premisas fundamentales que circunscriben a toda la actividad administrativa discrecional: límites técnicos, razonabilidad, buena fe y abuso o desviación de poder” (*Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo*, p. 766).

90 Reglamento de contrataciones del Estado, aprobado por el decreto 5720/72, inciso 84.

91 Ley de obras públicas número 13.653, artículos 29, 30 y 38.

decirse que desde el momento en que se plasmaron normativamente, encuentran un límite —valga la redundancia— normativo, y no solo de principios jurídicos.

En efecto, en lo que respecta a la posibilidad modificatoria, el primer límite lo señala la propia ley cuando ubica al interés público como el rasero por donde debe pasar el ejercicio de tal potestad. Lo demás, ciertamente, podrá desprenderse del propio régimen del contrato, como de sus pliegos de condiciones generales o particulares.

Ahora bien, la *potestas variandi*, como tal, implica un poder jurídico que debe ser necesariamente ejercido cuando se configuran los presupuestos para que el Estado lo ponga en práctica, y no puede negarse su ejercicio cuando el interés público lo exija. Es decir, no es algo disponible o renunciabile, sino obligatorio; y en esto ha habido coincidencia, en términos generales, en la doctrina nacional y extranjera. Pero es sencillo: solo se puede poner en acto cuando el interés público o —moralmente hablando, el bien común— lo exige. De este principio se sigue que no es la veleidad del funcionario de turno ni tampoco el mero oportunismo político el que lo debe o puede determinar, sino, repito, el interés público. Así de simple.

Precisamente, de Laubadère señalaba que “este poder no podría ser un *poder totalmente discrecional*, puesto que un poder discrecional implicaría la libertad pura y simple para la administración de sustraerse a los compromisos contractuales al efectuar las modificaciones”. Con este fin, se debería tener en cuenta el tipo de contratos, habida cuenta de que dicha atribución jurídica tenía su máximo ejemplo en los contratos de concesión de servicios públicos y de obra pública (*marché de travaux publics*), y dicha potestad no es renunciabile⁹².

III. ¿PACTA SUNT SERVANDA O MUTABILIDAD? UN INTENTO DE ARMONIZACIÓN

Llegados a esta altura, no hay que buscar una confrontación de principios, sino tratar de encontrar el encuentro de ambos a través de un juego armónico. En efecto, un criterio quizá podría estar en el siempre presente principio de la legalidad administrativa.

El principio de legalidad —más precisamente, de *legitimidad* o de *juridicidad* administrativa⁹³— fue conceptualizado por de Laubadère como

92 De Laubadère. Ob. cit., pp. 403-405.

93 El ilustre maestro Bartolomé Fiorini prefirió hablar de “juridicidad” administrativa en *¿Qué es el contencioso?* Primera edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965, pp. 16 y siguientes. También el profesor Francisco González Navarro optó por la misma denominación en *El Estado social y democrático de Derecho*. Pamplona: EUNSA, 1992, pp. 211 y siguientes. Comadira —sobre las mismas líneas señaladas por Fiorini— prefiere hablar de principio de “juridicidad” en Comadira, Julio Rodolfo. *Derecho administrativo*. Primera edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, pp. 125-126. Véase del mismo autor “Algunas consecuencias de la aplicación del principio de juridicidad

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO: ¿LEX INTER PARTES O IUS VARIANDI?

THE ADMINISTRATIVE CONTRACT: ¿LEX INTER PARTES O IUS VARIANDI?

un principio que significa que “las autoridades administrativas están obligadas, en las decisiones que ellas adoptan, a conformarse a la ley o más exactamente a la legalidad, es decir a un conjunto de reglas de Derecho donde la mayoría, mas no todas, están contenidas en las leyes formales”⁹⁴.

Si se considera —analógicamente— al contrato administrativo como una “ley”, norma o regla de Derecho⁹⁵, no cabe duda entonces de que aquel se torna en una de las fuentes que dan razón al principio de legalidad. Precisamente, la Corte Suprema argentina ha hecho mención, en reiteradas ocasiones, al principio de legalidad en materia de contratación administrativa: por ejemplo en el caso Serra, cuando dijo que la administración estaba “positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa”⁹⁶.

Dicho esto, podría sostenerse que el contrato administrativo es en sí un componente de la legalidad administrativa por cuanto, primeramente, su contenido e interpretación no pueden dejar de estar conformes al ordenamiento jurídico superior, como se pudo apreciar en el caso Sociedad de Electricidad de Rosario⁹⁷, cuando se dijo que “como los contratos administrativos deben interpretarse de modo tal que sus consecuencias no sean discordantes con las normas fundamentales del país, no es dable admitir una inteligencia de aquéllos que contradiga la propia Constitución de la Nación”.

De dichas pautas se sigue indudablemente que la propia administración es la que “positivamente” debe sujetarse a él, ya sea, por un lado, al abstenerse de hacer aquello para lo que en virtud de tal ordenamiento esté inhibida (véase, por ejemplo, la doctrina del caso Marocco), como, por otro lado, al adoptar —*per se* o a instancia de otro— aquellas medidas que el mismo sistema le ofrece para cumplir sus finalidades públicas (multas, rescisiones, modificaciones, actualizaciones, etcétera).

de la administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa”. En Juan Carlos Cassagne e Ysern Rivero (directores). *La contratación pública*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 637 y siguientes.

94 *Traité*. Tomo I, número 406, p. 245. Véase también: Barra. *Los actos*, pp. 15 y siguientes.

95 Así lo tengo dicho desde hace años en mi trabajo “La teoría general del contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, cuya última publicación actualizada está inserta en Juan Carlos Cassagne e Ysern Rivero (directores). *La contratación pública*. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

96 La corte ha hecho mención al principio de legalidad administrativa en las causas y fallos: 312:1686 (“Sesto de Leiva”, disidencia del juez Belluscio); C.437.XXIII (“Consejo de presidencia de la delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s. acción de amparo”, sentencia del 23 de junio de 2002); y en la resolución de superintendencia número 174, del 19 de noviembre de 1992. Dichas causas constituyen verdaderas gemas para indagar el contenido jurídico que el tribunal le asigna al principio de legalidad administrativa.

97 “Sociedad de Electricidad de Rosario s. recursos de apelación-impuestos a los réditos y de emergencia”, sentencia del 14 de abril de 1975, fallos: 291:290.

Posteriormente, en la causa Espacio⁹⁸, la corte se refirió a la aplicación del principio de legalidad en materia de contratos administrativos. Lo podemos encontrar en el primero de los sentidos indicados en el punto c; entiéndase, con relación a la sujeción del contenido de los pliegos a las normas de rango superior:

[...] cabe destacar que, en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal. *En virtud de ese mismo principio no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos de condiciones generales prevalezcan sobre lo dispuesto en normas de rango legal y, en cambio, debe en todo caso entenderse que el sentido, la validez e incluso la eficacia de las primeras quedan subordinadas a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato, que los pliegos tienen por finalidad reglamentar* (énfasis añadido; véanse, asimismo, los fallos: 324:3019⁹⁹, 326:3700¹⁰⁰ y 329:5976¹⁰¹).

El profesor de Laubadère, cuando se refirió a los límites del poder de modificación unilateral, escribió que un primer elemento de limitación “proviene de la aplicación del principio general de la legalidad administrativa”. Y, frente a las normas reglamentarias del contrato administrativo, la administración no puede pretender modificar sus reglas sin enfrentar a dicho principio, como expresamente lo dijo el consejo de Estado¹⁰².

En similares términos puede mencionarse al profesor Rivero, quien, bajo el epígrafe “La regla de Derecho” —en el estudio del título II de su clásica obra¹⁰³—, señaló las dos facetas que comprendía: el problema de las fuentes del Derecho y el contenido de la sumisión de la administración al Derecho; ello es, el “principio de legalidad”. Al respecto, Rivero hizo

98 Causa E.286.XXII: “Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos s. cobro de pesos”, sentencia del 22 de diciembre de 1993, fallos: 316:3157.

99 “Carl Chung Ching Kao c/ Provincia de La Pampa”, del 25 de septiembre de 2001.

100 “El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Alejandro Posadas”, del 30 de septiembre de 2003.

101 “Cardiocrp SRL c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, del 27 de diciembre de 2006. En una disidencia del juez López en la causa “Credimax” (fallos: 317:1340), se dijo que el principio de legalidad “importa la vinculación y sujeción de la Administración Pública al bloque de la legalidad, [principio] que se integra no solo con las normas de rango jerárquico superior —a partir de la Constitución, artículo 31— y reglamentos que emite, sino también con los actos unilaterales y bilaterales que, ceñidos a las normas mencionadas, dicta o asume” (énfasis añadido).

102 De Laubadère. *Op.cit.*, pp. 406-407.

103 Rivero, Jean. *Droit administratif*. Octava edición. París: Dalloz, 1977, p. 51. Otra edición que he utilizado es la décimo octava, escrita con la colaboración de Jean Waline (París: Dalloz, 2000).

EL CONTRATO
ADMINISTRATIVO:
¿LEX INTER PARTES
O IUS VARIANDI?

THE
ADMINISTRATIVE
CONTRACT: ¿LEX
INTER PARTES O
IUS VARIANDI?

mención de la necesidad de sujeción de los actos particulares a las reglas generales como consecuencia del principio de legalidad¹⁰⁴, e incluyó, entre los actos administrativos, al contrato¹⁰⁵. No obstante, existe un aspecto particular en el pensamiento de nuestro autor con relación al principio del *pacta*: insiste en la relativización de la regla frente a la prerrogativa de la modificación unilateral por parte de la administración¹⁰⁶.

Vale aclarar que, si se toma en cuenta cuál es el contenido de la legalidad administrativa —el cual no implica solo la norma jurídica positiva, sino también, y en primer lugar, los principios generales del Derecho—, se concluirá que la sujeción a aquella conduce a que el contrato administrativo —que integra en lo específico contractual desde a leyes, reglamentos, pliegos generales y especiales, hasta al propio contrato escrito que lo rige—, constituya la “ley” o “norma” que deben observar los contratantes. Y, si se tiene presente que el orden jurídico no se integra solo con lo escrito, sin duda deberá —en caso de ser necesario— remontarse a los principios y valores que conducen la actuación estatal para el cumplimiento de sus fines y la consecución del bien común o interés público. De tal forma, el ejercicio de la potestad modificatoria no va a surgir fuera del orden jurídico, sino dentro de él —se trate o no de una norma positivamente prevista—. Tal potestad no se puede negar.

En este orden de ideas, si la discrecionalidad está dentro del orden jurídico y de la legalidad —de manera que se concibe como discrecional a la potestad modificatoria—, es lógico que su ejercicio esté jurídicamente enmarcado. Es preciso señalar que lo mencionado debe ser ajeno al hecho de entrar a discutir si la potestad en cuestión es concebible solo como discrecional o no, dado que, cuando surgen las situaciones que exigen su ejercicio, es deber actuarla y no debatir su ejercicio.

Ahora bien, aquí surge el motivo que lleva a “sujetar” la *potestas variandi*, a mantenerle firme la rienda, diríamos. Su ejercicio, por ser jurídico, debe estar “debidamente motivado” y no deben mencionarse simples “razones de oportunidad, mérito o conveniencia” a fin de conseguirlo. Viene al caso la doctrina no hace mucho elaborada por nuestra corte sobre la exigencia de la motivación de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, que en tiempos relativamente recientes ha dicho —en los fallos 331:735, a través del dictamen de la procuradora fiscal Laura Monti— que el ejercicio de las potestades discrecionales “imponen una observancia más estricta de la debida motivación”.

Asimismo, la procuradora fiscal citó como sustento de la exigencia de la motivación el precedente de fallos 324:1860, donde el procurador

104 *Ibid.*, p. 81.

105 *Ibid.*, pp. 91-92.

106 *Ibid.*, pp. 122-123.

general —a cuyo dictamen se remitió la mayoría del tribunal— había recordado la exigencia de “observar un elemento esencial [del acto administrativo] como es la *motivación suficiente*, pues precisamente en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria (confróntese los fallos 314:625 y 315:1361)” (énfasis añadido).

A su vez, el procurador general reprodujo ahí lo dicho por la corte en los fallos 314:625, que, textualmente, decían que:

[...] si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplen sólo una potestad genérica no justificada en los actos concretos.

Es decir, si se dice que el *ius variandi* es discrecional —aunque no en forma absoluta, toda vez que no puede rehusarse su utilización cuando el interés general lo impone—, resulta clara la necesidad de motivación para habilitar su legitimidad. Y tal criterio es coincidente, a través de los años, con lo dicho en el caso Marocco más arriba citado, cuando la corte, sin dejar de admitir la posibilidad de que se pudiera modificar un contrato, dijo que debían existir razones que condujeran, en la especie, a modificar una fórmula de ajuste.

Al formular la crítica a la teoría general del contrato administrativo¹⁰⁷, el profesor Mairal apuntó —en su muy profundo y discutido estudio— que “afirmar que en los contratos administrativos rige la regla *pacta sunt servanda*, y agregar a renglón seguido que las relaciones que emanan de dichos contratos son por principio mutables, es incurrir en una figura cercana al oxímoron”. Precisamente, en el trabajo citado en la nota, advierte la dicotomía existente en sostener al mismo tiempo ambas teorías, y critica que en nuestro país se haya aplicado la doctrina del *ius variandi* sin tener en cuenta que en el propio Derecho francés ello se ha morigerado o formulado sin llegar a los extremos en los que aquí se lo ha interpretado.

El profesor Cassagne¹⁰⁸, al responderle en una polémica que exteriorizó la altura de dos maestros, señaló que “lo verdaderamente esencial es el mantenimiento y prevalencia del fin del contrato. Este fin de inalterabilidad del fin se articula con el *pacta sunt servanda* como un principio institucional dogmático que confiere sentido y razonabilidad a la modificación contractual”.

107 Mairal, Héctor A. Op. cit.

108 Cassagne, Juan Carlos. “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”. *El Derecho*, 23 de noviembre de 1998.

En este punto estoy de acuerdo con lo que dice el profesor Mairal cuando afirma que el principio del *pacta sunt servanda* “sólo rige en la medida en que lo considere correcto el tribunal, siendo imposible, la mayoría de las veces, determinar de antemano en qué casos así lo decidirá”¹⁰⁹. Es totalmente cierto: los jueces decidimos de acuerdo a los hechos, los argumentos de las partes y el Derecho. Es decir, no jugamos o tiramos a suerte el destino del caso —siempre, por cierto, habrá malos jueces que así lo hagan—, sino que tratamos de arribar humanamente a la solución que entendemos como justa.

Vaya como ejemplo la causa Líneas de Trasmisión del Litoral S.A. (litsa) c/ ebisa —de la sala en que me desempeño—, sentencia del 3 de marzo de 2005. La actora, una empresa de transporte de energía eléctrica, había solicitado en un juicio cautelar la suspensión de la decisión de Emprendimientos Energéticos Binacionales S.A. (ebisa), una empresa estatal, con lo cual se había dejado sin efecto la revocación de una cláusula que ambas partes habían acordado sobre el contrato. Se trataba, pues, de una revocación que afectaba la economía de aquella. La revocación había sido pura y simple, sin invocarse razones de ello. En uno de los votos volcados en la sentencia, se recordó que, ante la ausencia de cláusula contractual que previera la potestad rescisoria de la empresa estatal, cobraba relevancia el principio de que los contratos son ley para las partes.

Tal como se aprecia, el principio liminar en la materia contractual es el de la legalidad administrativa, que en sí lleva la referencia y da sentido a los otros dos. En efecto, cumplidas las normas que regulan los contratos públicos para su contratación, así como el Estado se debe someter al ordenamiento, otro tanto ocurre con el contratista. Y, en el supuesto específico del contrato, deben sujetarse al cumplimiento de lo allí acordado. De tal manera, el contrato es la aplicación concreta de todo el ordenamiento iusadministrativo a la relación de ambas partes.

Por cierto, puede decirse sobre esta postulación que el principio de la legalidad está ínsito y es lógico. Respondería, entonces, que no por ínsito deja de ocupar el primer lugar como principio. Caso contrario, nuestra corte no hubiera revocado determinadas relaciones emergentes de contratos que no fueron celebrados conforme el ordenamiento vigente. Solo de esa forma ambos principios cobran sentido. Obsérvese que la legalidad no lleva en sí exclusivamente la normatividad emanada de la ley o de los principios y valores, sino también la razonabilidad, que es, en cierto modo, la coronación de la legalidad; porque, queda claro, no hay legalidad sin razonabilidad.

109 Ibid.

De otra parte, me parece de interés señalar que el contrato administrativo cobró nueva relevancia en el marco de la Unión Europea. Esto ocurrió cuando, para favorecer la observancia de las pautas comunitarias de concurrencia, transparencia y no discriminación —basilares del intercambio de bienes y servicios entre los países miembros—, se tuvo que recurrir a la figura del “contrato público” a fin de evitar que se tratara de esquivar dichos principios en los contratos que celebraban la administración pública u otras organizaciones —empresariales o no— con o sin participación privada¹¹⁰. Al comprender también a los contratos clásicamente conceptuados como de Derecho privado de la administración, dicha figura era, en realidad, un *aggiornamento* del contrato administrativo.

Ahora bien, con respecto a los precedentes jurisdiccionales que sirvieron de base al consejo de Estado francés para admitir la doctrina del *ius variandi*, me parece que ha habido cierta confusión. Veamos: hace muchos años —siempre recuerdo esto— el profesor Mairal me dijo que “no hay contrato administrativo, sino contratos administrativos”. Y ello es cierto. En efecto, el contrato “modelo”, aquel que sirvió de base para elaborar la doctrina en el Derecho francés —sobre todo, en la ejecución— fue el contrato de concesión de servicios públicos, que, por lo demás, ostentaba características que lo diferenciaban bastante de los otros, como los de obras y suministros (genéricamente, denominados *marchés*)¹¹¹. De tal forma, cuando se formula la doctrina del *ius variandi*, en realidad no era tal extremo, sino, simplemente, una “regulación de la prestación del servicio público”, que tiene otras características y donde el interés público ostenta una relevancia bien marcada.

Vaya como ejemplo el caso Edenor S.A. c/ Estado Nacional (Secretaría de Energía Res. 198/94) del 5 de septiembre de 1995, en el que la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo, básicamente, la posibilidad de establecer —por vía de la regulación del servicio de distribución de energía eléctrica— exigencias sustentadas genéricamente en la atribución de competencia al ente regulador de la energía eléctrica, para dictar normas sobre la prestación del servicio y que se encuentren dentro de las prerrogativas estatales específicas —de acuerdo a la ley 24.065 (que instituyó el marco regulatorio), artículo 56, inciso b—. Algo así, salvando las distancias, es lo que ocurrió con el *arrêt* Compagnie Générale Française des Tramways más arriba citado, y que dio pie para la formulación de la doctrina del *ius variandi*.

110 González-Varas-Ibáñez, Santiago. Ob. cit., pp. 29-63, pp. 67 y siguientes, entre otras. Asimismo, del mismo autor, *El Derecho administrativo europeo*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2000, pp. 53 y siguientes.

111 *Ibid.*, pp. 67 y siguientes.

IV. CONCLUSIÓN

Con lo expuesto hasta aquí, he pretendido advertir que en los contratos que celebra la administración —más allá de que se los rotule como “administrativos”, o como “regidos en mayor o menor grado por el Derecho privado” o, genéricamente rotulados como “contratos de la administración” o “contratos públicos”— el principio de legalidad es el primero que aparece. Cumplida la legalidad —formal y sustancial—, la ejecución está guiada en primer término por el principio *contractus lex*. Seguidamente, solo en los casos en que proceda, podrá el Estado ejercer el *ius variandi*, en orden al cumplimiento de los fines públicos.

Lo que ocurre es que el juego de estos principios toma razón a partir de la presencia del Estado en ellos. El encuadre y la aplicación de estas pautas van más allá de que el contrato sea administrativo o regido parcialmente por el Derecho privado. El Estado será siempre el Estado y, por lo tanto, deberá cumplir en cada uno de ellos el fin de la consecución del bien común. Por ello, y en lo que respecta al tema que aquí nos convoca, participo de lo expresado por Soto Kloss cuando dice que “no porque se utilice por parte del Estado la vía contractual dejará de ser Estado, ni se despoja de su posición intrínseca supraordenadora, que persigue como finalidad esencial el interés general, el bien común”¹¹².

112 Soto Kloss. Ob. cit.