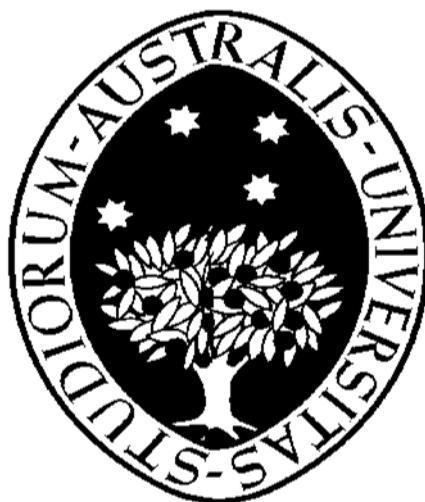


Fernanda Paz Otero Barba

**EN BUSQUEDA DEL EQUILIBRIO EN LAS CONTRATACIONES PUBLICAS.
EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, EN EL ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRATICO DE DERECHO, ¿REMEDIO JURÍDICO O HERRAMIENTA
PARA EVADIR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?**

**Tesis para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo
de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Maestría
Derecho Administrativo.**

Director de tesis: Dr. Alfonso Santiago.



UNIVERSIDAD

AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2018.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCION	5
Capítulo 1. Consideraciones generales del enriquecimiento sin causa en las contrataciones administrativas.	8
1.1. Rasgos característicos	8
1.2. Los antecedentes del enriquecimiento sin causa y su evolución.....	9
1.3. El enriquecimiento sin causa como principio general del derecho en el Neoconstitucionalismo.	13
1.3.1. Cuestiones previas.....	13
1.3.2. El enriquecimiento sin causa como principio general de derecho.	14
1.4. El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones.....	16
1.5 El enriquecimiento sin causa en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	20
Capítulo 2. Consideraciones particulares sobre el enriquecimiento sin causa.	22
2.1. Presupuestos del enriquecimiento sin causa para la procedencia de la <i>actio in rem verso</i> . .	22
2.2. Algunas consideraciones sobre la prohibición de proceder de oficio por parte del juez.....	31
2.3. Efectos del enriquecimiento sin causa.	32
2.3.1. Respecto al deber de restituir. Alcances.....	32
2.3.2. Respecto al efecto retroactivo.	33
2.4. El papel del enriquecimiento sin causa en la configuración de la responsabilidad administrativa y la responsabilidad de los funcionarios públicos.	34
2.4.1. El enriquecimiento sin causa como factor de atribución de la responsabilidad estatal. 34	
2.4.2. Respecto a la responsabilidad de los funcionarios públicos.....	37
Capítulo 3. El Enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos.....	40
3.1. Cuestiones Previas.....	40
3.2 La incidencia del elemento forma.	41
3.3. El enriquecimiento sin causa en la Jurisprudencia de la CSJN.....	45
3.4. Jurisprudencia de otros Tribunales.....	51
3.4.1. Fallo reciente de la Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala I.	51
3.4.2. La Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de CABA.....	52
3.4.3. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires.....	53
3.4.4. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.	54
3.4.5 Un fallo reciente en la Jurisprudencia Civil.	55

Capítulo 4. Complementariedad e integración del principio de enriquecimiento sin causa con los principios de legalidad, de razonabilidad en la gestión de los contratos administrativos y de buena administración, en el marco de las contrataciones administrativas.	57
4.1. Consideraciones previas.....	57
4.2. Principio de legalidad.....	57
4.3. Principio de razonabilidad en la gestión de los contratos administrativos.	60
4.4. El principio de buena administración.....	63
Conclusiones.....	66
Apéndice de fallos.....	69
Bibliografía	72

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Código Civil
CCyC	Código Civil y Comercial de la Nación
CIDyDC	Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano
CLAD	Centro Latinoamericano de Administración para el desarrollo
CN	Constitución Nacional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
LNPA	Ley Nacional de Procedimiento Administrativo
PTN	Procuración del Tesoro de la Nación
PGN	Procurador General de la Nación
SCBA	Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

INTRODUCCION

El presente trabajo pretende hacer un análisis del enriquecimiento sin causa en las contrataciones administrativas, en el contexto actual del Estado Social y Democrático de Derecho, teniendo como objetivo encontrar un equilibrio en su utilización. Todo ello, a fin de que este instituto se configure como un verdadero remedio jurídico, con una orientación especial hacia la protección de los principios generales del derecho, en la búsqueda de una interpretación encauzada hacia la solución que proteja en mayor medida el interés común.¹

A tal fin, analizaremos el concepto y los rasgos característicos del enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos permitiéndonos tener un conocimiento preciso y claro de ellos, a fin de adentrarnos en la necesidad de armonizar los nuevos paradigmas en el Derecho Administrativo, como consecuencia del Estado Social y Democrático de Derecho.

Dentro de este marco, estudiaremos la situación del enriquecimiento sin causa en el CCyC, lo cual nos ayudará a aproximarnos a una noción más integral de esta temática y nos servirá para conocer las ventajas y desventajas de nuestro sistema jurídico.

Desde la perspectiva del neoconstitucionalismo, en donde la mayoría de los autores modernos participan de la tendencia que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios generales del derecho, y su primacía sobre las leyes positivas, cuyo grado de superioridad se acentúa en la medida de su incorporación en las nuevas constituciones,² analizaremos cómo es concebido el enriquecimiento sin causa como principio general del derecho y qué contenido se le otorga en su aplicación.³

Ponderaremos el papel que desempeña el enriquecimiento sin causa en la configuración de la responsabilidad administrativa, al analizar la posibilidad de utilizar al enriquecimiento sin causa como factor de atribución de la responsabilidad estatal cuando los particulares se vinculan con la Administración, ante una situación de desplazamiento

¹ Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno de proporcionalidad*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2009, pp.33-61.

² Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Grandes Principios del Derecho Público, Constitucional y Administrativo*, 1ª ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p.57.

³ Ibidem.

patrimonial no justificado.

Haremos un breve recorrido por las principales opiniones doctrinarias en materia de responsabilidad, a fin de analizar la posibilidad de que, ante un supuesto de enriquecimiento sin causa, el funcionario público interviniente sea responsable por el empobrecimiento patrimonial causado al contratista y el posible perjuicio que pudiera haber sufrido la Administración.

En relación a la evolución de la Jurisprudencia de la CSJN, realizaremos un análisis, respecto de los presupuestos exigidos para la procedencia de la *actio in rem verso*, con especial referencia a la postura de la Corte sobre el elemento forma, y las consecuencias de su incumplimiento.

También realizaremos una breve reseña de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de CABA y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

En el ámbito de las contrataciones administrativas, examinaremos cómo se relaciona el enriquecimiento sin causa como principio general del derecho, con los principios de legalidad, de razonabilidad en la gestión de los contratos administrativos y de buena administración.

Con respecto al principio de legalidad, observaremos que una de las características del Estado Social y Democrático de Derecho es garantizar no sólo el cumplimiento de la ley y el ejercicio limitado del poder, sino también el respeto absoluto de los derechos fundamentales. Por ello, el pilar fundamental de este Estado moderno es el principio de legalidad, que tiene como propósito fundamental dar certeza, seguridad y previsibilidad al administrado.⁴

En relación al principio de razonabilidad en la gestión de los contratos administrativos, observaremos que el mismo regirá durante todas las etapas del contrato administrativo, desde su gestación, desarrollo y hasta su extinción, procurando que el objeto del contrato sea adecuado a las necesidades del interés público.⁵

⁴ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Grandes...*, op. cit., p.57.

⁵ Cfr. BARNÉS, Javier “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario.” *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, N° 135, 1994, pp. 495-538, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17251>. Disponible el 19/V/2018.

El otro principio que examinaremos será el de buena administración,⁶ observando que lo novedoso de este precepto es que introduce el reconocimiento de nuevos derechos subjetivos a favor de los ciudadanos, como contrapartida del deber de la Administración de llevar a cabo los asuntos en forma imparcial y equitativa, dentro de un plazo razonable en cumplimiento de su actuación cotidiana en el servicio objetivo del interés general.⁷

Por último, brindaremos una conclusión, a partir de lo brevemente explicitado y los lectores observarán que la procedencia del enriquecimiento sin causa en el ámbito contractual deberá ser objeto de un desarrollo y profundización de la evaluación de cada caso en particular, no pudiendo admitir la absoluta discrecionalidad administrativa.⁸

En resumen el trabajo que presentaremos pretende servir no sólo para comprender más el instituto del enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico argentino, sino también para potenciar un posible cambio a transitar con el fin de entender que el derecho administrativo no debe servir solo a la defensa del Poder del Estado, sino también a la defensa y protección de la persona frente al Estado.⁹ Todo ello, en un esquema institucional fundado no solo en el cumplimiento del ordenamiento jurídico sino también en la obligación estatal de crear las condiciones que tiendan al acceso a la información pública, la participación en la elaboración de los reglamentos, la protección de los derechos de los consumidores y usuario de servicios públicos, la seguridad jurídica, etc.

10

⁶ Cfr. PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos- Código Civil y Comercial (Ley 26.944 comentada)*, 1ra ed, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp.214-231.

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Bogotá, D.C. (Colombia), núm. 6, año 2013, enero-diciembre, pp. 23-56.

⁸ Cfr. MONTI, Laura M., “Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa.” *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nro.: 361*, Buenos Aires, 28-ABR-09 http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/los_contratos_administrativos_.html. Disponible el 19/V/2018.

⁹ Cfr. CORVALÁN, Juan Gustavo, “¿Qué es el derecho a la “buena administración?””, *DPI Cuántico Revista Digital*. http://www.dpicultico.com/wp-content/uploads/2014/12/administrativo_doctrina2014-12-02-2.pdf

¹⁰ Cfr. AGUILAR GUERRA, Vladimir Oscar, “Principio de legalidad en la administración pública. Buen gobierno y transparencia. Su contextualización al caso guatemalteco”. Ponencia organizada por La Abogacía General del Estado del Ministerio de Justicia de España y por La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, en el Centro de Formación de la Cooperación Española en la Antigua Guatemala. 25 al 29/11/2013, p. 20.

https://issuu.com/justiciagt/docs/principio_de_legalidad_en_la_admini , disponible el 19/5/2018.

Capítulo 1. Consideraciones generales del enriquecimiento sin causa en las contrataciones administrativas.

1.1. Rasgos característicos.

El concepto de enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos se podría reducir al desequilibrio patrimonial producido por el enriquecimiento injustificado de la Administración Pública en perjuicio del administrado, siendo el particular que sufre el perjuicio el que tiene derecho a exigir a la Administración, a través de la *actio in rem verso*, la restitución del enriquecimiento en la medida del empobrecimiento.¹¹

Esta figura se utiliza para impedir que la Administración, ante una situación concreta que no esté regulada por la ley, se enriquezca injustamente en perjuicio de otra persona. Así se puede afirmar que se considera enriquecimiento sin causa al ejercicio patrimonial que permite hacer uso de la *actio in rem verso*, ante el enriquecimiento de la Administración causado por un hecho que carece de regulación normativa, provocando un empobrecimiento a la otra parte de la relación, y que esa parte no dispone de ninguna otra acción para enmendar el perjuicio sufrido.¹²

Advertimos que el remedio que ofrece el enriquecimiento sin causa no tiene como finalidad reparar el perjuicio sufrido por el empobrecido, sino restablecer el equilibrio patrimonial alterado.¹³ Lo que se persigue es corregir y reparar aquellas situaciones de total desequilibrio, en relaciones que materialmente han existido y producido beneficios concretos en la Administración, a costa del empobrecimiento del administrado, sin un marco jurídico que las contenga.¹⁴

La *actio in rem verso* consiste en una acción de reembolso, caracterizada por ser una acción personal de restitución por el valor del empobrecimiento frente al correlativo enriquecimiento sin causa.¹⁵ El derecho a la restitución será por el valor del empobrecimiento sufrido por el particular y el correlativo enriquecimiento de la

¹¹Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 104-105.

¹² Cfr. FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, “El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional”, *Revista Rap* 460, Sección Doctrina Especial, pp. 49-93.

¹³ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I., 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 92.

¹⁴ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “El enriquecimiento sin causa en el derecho actual (las posibilidades y los límites de un instituto controversial)”, www.lopezmesa.com, p.372.

¹⁵Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p.11.

administración. Sin perjuicio de ello, deberá probarse la existencia y cuantía de las erogaciones que afrontó quien prestó el servicio, por tratarse de una acción de reintegro.¹⁶

La acción de restitución puede proceder contra la Administración Pública cuando ésta se relaciona con los particulares y no existe contrato entre ellos, o cuando el mismo ha sido irregularmente celebrado, por ejemplo por no respetar el procedimiento de selección del contratista de conformidad con lo estipulado en el ordenamiento jurídico. Es decir que frente a la irregularidad o inexistencia del contrato administrativo, podrá admitirse la reparación del empobrecimiento, en tanto éste alegue la figura del enriquecimiento sin causa y se configuran los presupuestos necesarios para su procedencia.¹⁷

En resumen, la acción que encuentra fundamento en el enriquecimiento sin causa es un remedio extremo, que se utiliza sólo cuando la situación de desequilibrio no puede ser regulada por otro medio reconocido por la ley. No es admisible que, con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, puedan dejarse de lado los procedimientos y plazos concretos que el legislador ha establecido para la protección de los derechos.¹⁸

1.2. Los antecedentes del enriquecimiento sin causa y su evolución.

Moreno Rodríguez Alcalá afirma que para un acabado entendimiento del enriquecimiento sin causa, es necesario realizar un análisis de su evolución histórica, resultando imposible su verdadera comprensión, si no se entiende lo que es una *condictio*, o la *negotiorum gestio*, o la *actio in rem verso*. Todo ello en virtud de que en el derecho comparado, esta institución en particular fue evolucionando de tal forma que se ramificó en diversas direcciones, cada una con sus propias características. Así, no es lo mismo la acogida que tuvo el enriquecimiento sin causa en el sistema germánico, que en el francés, o en el italiano.¹⁹

¹⁶ Cf. FERNÁNDEZ, Bettina, “La ilegitimidad de las contrataciones administrativas celebradas al amparo de un exceso reglamentario en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, 4 de Mayo de 2015, p.11. www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF150340. <http://www.saij.gob.ar/bettina-fernandez-ilegitimidad-contrataciones-administrativas-celebradas-al-amparo-exceso-reglamentario-ambito-ciudad-autonoma-buenos-aires-dacf150340-2015-05-04/123456789-0abc-defg0430-51fcanirtcod>

¹⁷ Cfr. FERNÁNDEZ, Bettina, p. 11.

¹⁸ Cfr. LÓPEZ MEZA, Marcelo J., p. 390.

¹⁹ Cfr. MORENO RODRIGUEZ ALCALÁ, Roberto, “Boceto para una futura teoría (no vulgar) del enriquecimiento sin causa en nuestro derecho”, pp. 13-15. Véase también, USECHE PERDOMO, Jaime Andrés, “El enriquecimiento sin causa y la responsabilidad estatal en Colombia”, Bogotá D.C., 2014, pp.6-9. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2528/Usechejaime2014.pdf?...1>. Disponible el 10/VII/2018.

Para comprender el enriquecimiento sin causa se debe ir al origen. Las bases romanas del instituto las encontramos haciendo referencia a tres grandes fuentes: el sistema clásico de la *condictio*, la institución de *la negotiorum gestio*, y finalmente la *actio in rem verso*.²⁰

Entre las distintas modalidades de la *condictio* (acción abstracta y de derecho estricto), que se admitieron en el derecho romano nos encontramos con: la *condictio indebiti*, a favor de quien creyéndose erróneamente deudor, efectúa un pago de manera que la persona que lo recibió indebidamente lo devuelva; la *condictio ob causam datorum o causa data causa non secuta*, que se concedía para reclamar la devolución de lo que una persona hubiera recibido en virtud de una causa lícita que se esperaba y que no ha llegado a tener lugar; la *condictio ob turpem causam*, que se otorgaba para solicitar la devolución de lo que se había entregado por causa deshonrosa para el que recibió; la *condictio ob iniustam causam*, que procedía cuando el fundamento en vista del cual se dio algo no tiene validez jurídica y la *condictio sine causa*, para aquellos casos de enriquecimiento injustificado que no encajaban en las figuras antes mencionadas.²¹ Respecto a la *actio in rem verso*, en el Derecho Romano, fue creada como acción que poseía el que contrataba con quienes carecían de capacidad. Es decir, que se trataba de una acción destinada a proteger a quienes contrataban con un *alieni iuris*. La acción era utilizada, por ejemplo, ante el enriquecimiento indirecto de un *pater familiae* por el contrato realizado por un esclavo o un hijo, si el *pater* se enriquecía por el acto de su hijo o esclavo, la víctima podía reclamar en la medida del enriquecimiento.²²

La doctrina mayoritaria afirma que, del análisis histórico, la figura del enriquecimiento sin causa, va directamente del derecho romano a las codificaciones modernas.²³ Especialmente cabe considerar dos grandes ramas, la francesa y la germana. La primera de ellas no contempló el enriquecimiento sin causa como una acción autónoma, limitándose a acogerla como la *condictio indebiti* y la *negotiorum gestio*. Y la

²⁰ Cfr. MORENO RODRIGUEZ ALCALÁ, Roberto, pp.13-15.

²¹Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., pp. 365-368. Siguiendo con este orden de ideas, López Mesa explica que: “La figura romana de las *condictio*s podría definirse, a grandes trazos, como una acción general persecutoria del enriquecimiento. En general, la *condictio* actúa como acción de repetición o de recuperación de lo entregado (*datio*) cuando el *accipiens* no ha cumplido la contraprestación convenida o cuando ésta constituye una actividad inmoral o injusta o bien el fin resulta inexistente o irrealizable. En todos estos supuestos, no hay razón alguna para que el *accipiens* retenga el dinero o cosa recibida y el que ha hecho una entrega (*dans*) puede recuperar lo dado.”

²² Cfr. HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca. “El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos.”, en Cuestiones de contratos administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2007, p. 105.

²³ Cfr. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto, p. 14.

germana consagró expresamente una *condictio* general sine causa, además de contemplar las demás *condictio* del derecho romano, incluyendo la *indebiti*.²⁴

El Código Francés solamente tuvo en cuenta, en un primer momento, al *paiement d'indu*, o pago de lo indebido. Ello fue consecuencia de la gran influencia de Pothier; quien tenía una visión estrecha de las *condictio*, limitándolas al pago indebido y a la gestión de negocios, dejando así de lado a la *condictio sine causa* y la *actio de in rem verso*. Todo ello implicó un apartamiento de la tradición del *ius commune*.²⁵

Sin embargo, la Corte de Casación Francesa admitió el enriquecimiento sin causa como fuente autónoma e independiente de las obligaciones, por medio de la *actio in rem verso*, derivada del principio de equidad, que prohíbe enriquecerse a expensas de otro. Es así que en el caso “Boudier” (15 de junio de 1892), se acepta la acción de enriquecimiento indebido, por la cual se condenó al propietario de una finca a pagar al proveedor de fertilizantes el precio impago (más los intereses), por insumos entregados al antiguo arrendatario de la finca, antes de la rescisión del arrendamiento. Solo era necesario que el actor alegase y probase la existencia de una ventaja proporcionada por él, mediante un sacrificio o un hecho personal, a la parte demandada.²⁶

Posteriormente, en el caso “Clayette” (mayo de 1914), la Corte de Casación sostuvo que la procedencia de la *actio in rem verso* quedaba restringida a la ausencia de otra acción derivada de un contrato, cuasi contrato, delito o cuasidelito, siendo un remedio excepcional de equidad.²⁷

El Código Civil Alemán, bajo la influencia de Savigny, dispuso una acción general de enriquecimiento sin causa en su artículo 812, independiente de la equidad y del principio de subsidiariedad. A su vez, la normativa incluyó una clasificación de tipos y subtipos en los cuales se detalla la figura el enriquecimiento sin causa, la “*ungerechtfertigten Bereicherung*”, a partir de la figura general que establece: “el que

²⁴ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, pp. 90-92.

²⁵ Cfr. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto, p.16. Siguiendo este orden de pensamiento, López Mesa sostiene que “Los Códigos Civiles del siglo XIX tenían incorporado una ideología netamente individualista que llevó a no receptar expresamente la teoría del enriquecimiento sin causa.” Las causas por las cuales, estos ordenamientos no contenían este principio, según López Mesa, fueron: “el temor a no dar seguridad jurídica a los inversores, el liberalismo económico y el individualismo social, es decir, que figuras como el enriquecimiento sin causa era considerado como una herramienta peligrosa que implicaba un abuso del derecho, una lesión, etc.” En LÓPEZ MESA, Marcelo J., p. 368.

²⁶ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., p. 367.

²⁷ Cfr. RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto Moreno, p. 17.

por la prestación de otro o de cualquier otra forma obtiene algo sin causa jurídica...”, se crearon distintos supuestos específicos de enriquecimiento sin causa.²⁸

Con relación al Código Italiano, en un principio el Código de 1865 reconocía, al igual que el Código francés, el pago de lo indebido y la *negotiorum gestio*. El enriquecimiento sin causa era reconocido como una acción basada en la equidad y de aplicación subsidiaria. Posteriormente, en 1942, al modificarse el Código, se incluyó en el artículo 2041, en forma expresa, una acción general de enriquecimiento sin causa (*arricchimento senza causa*). También en el artículo 2042 se incluyó el principio de subsidiariedad de la acción, y además se determinaron los presupuestos necesarios para su procedencia, a saber: la ausencia de justa causa, el empobrecimiento del actor, el enriquecimiento del demandado y la correlatividad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.²⁹

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia italianas incorporaron al enriquecimiento sin causa, como consecuencia del rechazo de la figura jurídica de la gestión de negocios ajenos, ante la inexistencia de una institución jurídica que acogiera los supuestos en los que los particulares realizaban la gestión de negocios ajenos en favor de la Administración pública. El caso francés fue similar, se adoptó el enriquecimiento sin causa para los supuestos de la gestión de negocios ajenos realizados por particulares en favor de la Administración pública.³⁰

En el siglo XX muchos países fueron reconociendo expresamente el enriquecimiento sin causa en sus códigos. Así por ejemplo el Código Civil de Bolivia establece en su artículo 961 que: “Quien, sin justo motivo, se enriquece en detrimento de otro está obligado, en proporción a su enriquecimiento, a indemnizar a éste por la correspondiente disminución patrimonial.” Asimismo el artículo 962 dispone el carácter subsidiario de la acción, al prescribir que: “La acción de enriquecimiento no es admisible cuando el perjudicado puede ejercer otra acción para obtener, se le indemnice por el perjuicio que ha sufrido.”³¹ También el Código Civil peruano establece en la Sección IV del Libro VII en su artículo 1954 que: “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”. El efecto jurídico de la indemnización no es coincidente con el Derecho Comparado, el cual dispone la restitución (a través de la *actio in rem verso*) y no la indemnización. Asimismo, el artículo 1955 dispone la aplicación

²⁸ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., p. 368.

²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto Moreno, p. 19.

³⁰ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, pp. 47-52.

³¹ Código Civil de Bolivia.

subsidiaria de la acción, no siendo procedente cuando el empobrecido pueda ejercitar otra pretensión.³² En igual sentido, el Código Civil paraguayo regula detalladamente el enriquecimiento sin causa en los artículos 1817 y 1818; también el Código Civil de Panamá en el artículo 1643 y el Código Civil mexicano reconoce en sus artículos 1882, 1883 y 1893 a la figura del enriquecimiento sin causa.³³

1.3. El enriquecimiento sin causa como principio general del derecho en el Neoconstitucionalismo.

1.3.1. Cuestiones previas.

En el contexto del neoconstitucionalismo, la mayoría de los autores modernos participan de la tendencia que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios generales del derecho, y su primacía sobre las leyes positivas, cuyo grado de superioridad se acentúa en la medida de su incorporación en las nuevas constituciones, encontrándonos frente a un escenario caracterizado por la prevalencia de los principios generales.³⁴ En este marco entendemos necesario analizar cómo es concebido el enriquecimiento sin causa como principio general del derecho y qué contenido se le otorga en calidad de tal.

A priori, y a fin de tener una mayor comprensión a la hora de analizar el enriquecimiento sin causa como principio general del derecho, consideramos necesario señalar que los principios generales del derecho constituyen el origen o el fundamento de las normas en cuanto que: son principios porque son los soportes primarios estructurales del sistema jurídico; son de carácter general, porque trascienden una norma en concreto; y son de derecho, porque no son criterios morales, sino que se trata de verdaderas fórmulas técnicas del mundo jurídico.³⁵

³² Código Civil de Perú.

³³ Código Civil mexicano en su Artículo 1882 establece que: “El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.” Asimismo en el Artículo 1883 dispone que: “Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla. Si lo indebido consiste en una prestación cumplida, cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación; si procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido.” Finalmente en el Artículo 1893 establece que: “La acción para repetir lo pagado indebidamente prescribe en un año, contado desde que se conoció el error que originó el pago. El sólo transcurso de cinco años, contados desde el pago indebido, hace perder el derecho para reclamar su devolución.”

³⁴ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Grandes ...*, op. cit., p. 17.

³⁵ Cfr. LICO, Miguel A., “Doctrina del día: principios generales del derecho aplicables al derecho administrativo y principios generales del derecho surgidos del derecho administrativo”, Thompson Reuters, 18 diciembre de 2012, p. 1. <http://thomsonreuterslatam.com/2012/12/doctrina-del-dia-principios->

Estos principios encuentran su justificación en la medida en que permiten crear, interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico. Ahora bien, en materia de derecho administrativo, los principios generales del derecho resultan de trascendental importancia, dado que su función no se limita exclusivamente a la interpretación e integración del derecho, sino que resultan ser verdaderas garantías para los particulares frente al Estado.³⁶ Así en determinadas situaciones son una herramienta eficaz, que compensa las desigualdades que puedan surgir entre la administración y los administrados, ante la ausencia de soluciones normativas a los conflictos.³⁷

Al ser el derecho administrativo, en sus orígenes, un derecho especialmente jurisprudencial, fue abriéndose paso mediante la creación de sus principios institucionales, es decir, que se fue constituyendo sobre la base de un sistema de principios generales, que otorgan al derecho todo su sentido e influyen en su interpretación.³⁸

En este contexto, Alfonso Santiago advierte la necesidad de redescubrir la realidad y el concepto de bien común en la reflexión política y jurídica actual, resultando obligatorio dotar de suma trascendencia a los principios generales del derecho, de modo que los derechos se vuelvan más operativos y efectivos, encontrando así su debido reconocimiento y su justo alcance. Resulta entonces conveniente, promover un nuevo modo de pensar, diseñar y operar el derecho, otorgándole a las justas exigencias del bien común (cfr. art. 32 de la CADH) la consideración y el lugar que tienen en la práctica jurídica y política.³⁹

1.3.2. El enriquecimiento sin causa como principio general de derecho.

El enriquecimiento sin causa es entendido como principio general de derecho teniendo un fundamento ético-moral. En este sentido el principio de enriquecimiento sin causa es concebido como un instrumento de equidad y justicia⁴⁰ que no permite que nadie

generales-del-derecho-aplicables-al-derecho-administrativo-y-principios-generales-del-derecho-surgidos-del-derecho-administrativo

³⁶ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Grandes ...*, pp. 34-35.

³⁷ Cfr. LICO Miguel A., p.4.

³⁸ Cfr. LICO Miguel A., p. 2.

³⁹ Cfr. SANTIAGO, Alfonso, "Algunas de las corrientes iusconstitucionales de nuestros días. Neoconstitucionalismo, garantismo y personalismo solidario.", Publicado en: DFyP, 2017 (diciembre), 15/12/2017, 143, cita Online: AR/DOC/2644/2017, p. 4.

⁴⁰ Cfr. BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, T. II, 4a edición, Perrot, Buenos Aires, 1976, pp. 513-525.

se enriquezca a costa de otro, sirviendo de base en que se sustenta la acción de restitución.⁴¹

En este sentido, el enriquecimiento sin causa como principio general de derecho es reconocido en tanto se lo concreta, somete y reduce a la única consecuencia de la obligación restitutoria y la acción para exigirla⁴² De esta forma, al concretarlo y reducirlo a una única consecuencia, se evita un concepto abstracto de justicia buscando que no se enfrente, choque y ponga en tensión todas las instituciones y derechos reconocidos en el sistema jurídico constitucional de protección de los derechos fundamentales.⁴³ Ya que si insistiéramos con otorgarle un concepto abstracto de justicia, su prohibición podría ser reconocida como una regla moral, no resultando posible que pueda ser receptado por el ordenamiento jurídico, ya que podría aniquilar todas las reglas e instituciones. En algunos casos las destruiría por ejemplo las basadas en consideraciones como la seguridad y la eficacia, de las que junto a las aspiraciones de justicia, ningún ordenamiento jurídico puede dejar de lado. Y además porque imponiéndose sin límites ni condiciones este principio, se llegaría al puro arbitrio judicial y a una inseguridad jurídica total.⁴⁴

En este sentido, el enriquecimiento sin causa inspira y limita el ordenamiento jurídico en múltiples aspectos, como un principio general del derecho, en el cual la visión del sistema se orienta teleológicamente hacia la prevalencia de la justicia, dentro de una pretensión que permite solventar controversias en las cuales se ha presentado un traslado patrimonial injustificado, teniendo como única consecuencia la obligación restitutoria y la acción para exigirla.⁴⁵

En la Jurisprudencia de la Corte el principio de enriquecimiento sin causa es reconocido en forma constante, tanto en las relaciones de derecho civil como de derecho público.⁴⁶ Así, la prohibición de enriquecimiento sin causa tiene aplicación en la medida en que se trata de un principio general del derecho, el cual es concebido como una acción para corregir desequilibrios patrimoniales sin causa válida para mantenerlos. En este orden de ideas, es importante señalar que dentro del análisis del enriquecimiento sin causa, su carácter de principio general del derecho lleva consigo un empoderamiento como elemento orientador del sistema normativo y como límite a la potestad reglamentaria, siempre teniendo en cuenta que la noción de enriquecimiento sin causa

⁴¹ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, pp. 9-12.

⁴² Ibidem.

⁴³ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Grandes...*, op. cit., p.57.

⁴⁴ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p. 9.

⁴⁵ Cfr. USECHE PERDOMO, Jaime Andrés, p. 12.

⁴⁶ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Grandes...*, op. cit., p. 79.

abarca un concepto técnico, de presupuestos establecidos y consecuencias determinadas.⁴⁷

En este contexto, Rebollo Puig sostiene que el enriquecimiento sin causa como principio general se puede aplicar de dos formas distintas, como principio de prohibición de resultados o como principio de restitución. Así, cuando se le da el sentido de prohibición entendemos que tiene un sentido más amplio ya que no solo podría tener consecuencia de restituir sino también evitar o deshacer el enriquecimiento sin causa. Por ejemplo el principio en sentido de prohibición de resultados podría hacerse efectivo con una declaración de nulidad del contrato que produjo el enriquecimiento sin causa o con su rescisión por lesión.⁴⁸ En cambio si se lo aplica como principio de restitución se lo reduce a la obligación de restablecer el desequilibrio producido por el enriquecimiento sin causa, concretándose en la acción de restitución.⁴⁹ En este marco, coincidimos con Rebollo Puig cuando afirma que:

“Cuanto más extenso y difuso sea el concepto de injusticia del enriquecimiento que se otorgue comenzará a ver manifestaciones del principio por doquier y muchas acciones tipificadas, incluso sin el más mínimo carácter restitutorio de valor (...) Entendemos así que este principio no debería crecer ni aumentar su protagonismo, todo ello a costa de pasar a tener un significado más débil y confuso.”⁵⁰

De esta forma concluimos que el enriquecimiento sin causa como principio general de derecho en el ámbito del contrato administrativo, debe ser aplicado como un principio de restitución de los enriquecimientos injustos o sin causa, cuya delimitación está dada en los presupuestos necesarios para su aplicación, resultando así un principio que es utilizado para tener como única consecuencia la obligación restitutoria y la acción para exigirla.⁵¹

1.4. El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones.

El enriquecimiento sin causa se configura como fuente autónoma de obligaciones⁵², dando origen a la acción restitutoria ante la producción de un

⁴⁷ Cfr. USECHE PERDOMO, Jaime Andrés, p. 14.

⁴⁸ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p. 14.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p. 15.

⁵¹ Idem, p. 14.

⁵² El CCyC en el Libro Tercero sobre los derechos personales, se encuentran los contratos en los Títulos II (contratos en general), III (contratos de consumo) y IV (contratos en particular) en los arts. 957 a 1707; y en el Título V (otras fuentes de las obligaciones), integrado por: el Capítulo I sobre la responsabilidad civil (arts. 1708 a 1780), el Capítulo II sobre la gestión de negocios, el Capítulo III sobre el empleo útil (arts. 1781 a 1793); el Capítulo IV sobre el enriquecimiento sin causa (arts. 1794 a 1799), el Capítulo V sobre la

enriquecimiento. Así la relación jurídica subyacente que da origen a la actividad cuyo pago se requiere genera un conjunto de técnicas que tienen como efecto, en determinados casos, el nacimiento de la obligación de restablecer el equilibrio patrimonial sufrido por el empobrecido, como consecuencia de la prestación realizada.⁵³

El CCyC ha regulado al enriquecimiento sin causa dentro del libro Fuentes de las Obligaciones. En el Libro Tercero sobre los derechos personales, se encuentran el Título V, titulado “Otras Fuentes de las Obligaciones”, cuyo Capítulo IV refiere específicamente al “Enriquecimiento sin causa” (arts. 1794 a 1799), de la Sección 1°.

Así el enriquecimiento sin causa se configura, en nuestro derecho, como fuente de obligaciones autónoma, y aparece como fundamento de la acción por restitución en numerosos supuestos expresamente legislados, como el empleo útil, el pago indebido, etc..⁵⁴

A continuación, efectuaremos una breve comparación con otras fuentes de obligaciones, de la que surge que el enriquecimiento sin causa está consolidado como fuente autónoma, al no presentar una naturaleza de fuente contractual, ni de responsabilidad por daños, ni de pago indebido, ni de gestión de negocios ajenos.⁵⁵ La consideración de una u otra fuente de obligación como origen de la obligación de restitución, no es sólo teórica, ya que según la fuente que corresponda como determinante del nacimiento de dicha obligación, hará previsible sus efectos.⁵⁶

El enriquecimiento sin causa no es fuente de obligación contractual, porque si bien permite restablecer el equilibrio patrimonial como consecuencia del enriquecimiento injustificado, esta obligación restitutoria no es la misma que las partes consintieron al celebrar el contrato. Es decir, no tiene el mismo origen que las obligaciones contractuales; por ello, se rechaza la posibilidad de que el enriquecimiento sin causa se configure como fuente contractual.⁵⁷

declaración unilateral de la voluntad (arts. 1800 a 1814) y el Capítulo VI sobre títulos valores (arts. 1815 a 1881).

⁵³ Cfr. MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A y B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990-1996, pp. 110-112, 687.

⁵⁴ Cfr. DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, “Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la administración local” *Revista de Administración Pública*, Número 168, Madrid, Septiembre-diciembre 2005, pp. 409-441.

⁵⁵ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, pp.161-187.

⁵⁶ Cfr. DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, pp. 409-441.

⁵⁷ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, pp. 95-98.

Tampoco consideramos que es fuente de derecho de daños, ya que a priori observamos varias diferencias con el enriquecimiento sin causa. Entre ellas distinguimos: a) el derecho de daños proviene siempre de hechos ilícitos; a diferencia del enriquecimiento sin causa que nace de un hecho lícito; b) el derecho de daños tiene como eje principal la culpa, mientras que el enriquecimiento sin causa es objetivo y prescinde de ella; c) en la reparación de daños debe haber una relación causa-efecto entre el agente que causa el daño y el daño en sí mismo, al contrario, en el enriquecimiento sin causa debe existir una correlación entre el patrimonio empobrecido y el enriquecido, siendo el segundo causa del primero; d) la pretensión de daños extiende su reparación a la totalidad del daño, a diferencia del enriquecimiento sin causa que tiene como objeto el restablecimiento del equilibrio patrimonial, es decir, se deberá abonar el monto correspondiente a la prestación reconocida bajo la aplicación de este instituto, no incluyendo el lucro que le podría haber correspondido percibir sino solamente el costo del bien (el empobrecimiento efectivo).⁵⁸ En consecuencia, descartamos que el enriquecimiento sin causa provenga de la fuente de obligaciones propia del derecho de daños.

Otra perspectiva discutida es si el enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restituir del pago indebido. Así entendemos como pago indebido a la realización de una aparente obligación que no llegó a existir, es decir, que hay ausencia de una obligación previa y un error de hecho o de derecho. En este marco, cuando una persona recibe un pago en ausencia de una obligación, se enriquece a costa del sujeto que lo realizó indebidamente, por ello el principio de enriquecimiento sin causa fundamenta la obligación restitutoria que origina dicho pago.⁵⁹ En este contexto, Rebollo Puig entiende que el pago indebido es sólo uno de los supuestos posibles de enriquecimiento sin causa.⁶⁰

Sin embargo, existen diversas opiniones dentro de la doctrina, que no admiten al pago indebido como fuente de obligaciones del enriquecimiento sin causa. En este sentido, manifiestan que la obligación restitutoria que produce el pago indebido se distingue de la del enriquecimiento sin causa, encontrando entre las principales diferencias las siguientes: el pago indebido persigue la restitución de la cosa, mientras que el enriquecimiento sin causa busca la restitución del valor y, por otra parte, el pago

⁵⁸ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p.345.

⁵⁹ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, pp.116-117.

⁶⁰ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p. 20.

indebido tiende a una restitución total, y el enriquecimiento sin causa busca la restitución del valor del empobrecimiento efectivo.⁶¹

Finalmente, con respecto a la gestión de negocios ajenos, es decir cuando un particular gestiona, sin mandato, asuntos a favor de la administración pública beneficiándola con la gestión, originará un derecho de crédito en favor del actor a exigir los gastos legítimos realizados, como consecuencia de la actividad que hubiere llevado a cabo. Dicha acción solamente podrá progresar si el sujeto puede acreditar el beneficio patrimonial que ha obtenido la administración.⁶² Ahora bien, solamente la gestión de negocios ajenos impropia se configura como un supuesto de enriquecimiento sin causa, ya que para la gestión de negocios ajenos propia, el ordenamiento jurídico estableció una acción restitutoria específica (*actio negotiorum gestorum*). En cambio, la gestión de negocios ajenos impropia encontrará tutela en la acción de enriquecimiento sin causa, a través de la *actio in rem verso*. Sin perjuicio de ello, entendemos que no sería apropiado reducir el enriquecimiento sin causa a la gestión de negocios, ya que tiene un marco de aplicación mucho más amplio.⁶³ Díez-Picazo afirma que:

“Las diferencias entre el enriquecimiento sin causa la gestión de negocios ajenos son claras. En la gestión de negocios supone en el gestor la intención de actuar en interés de otro, que es lo que justifica sus efectos. Nada de esto sucede en la acción de enriquecimiento donde sólo se tiene en cuenta la existencia objetiva del enriquecimiento injustificado, cualquiera que sea su origen.”⁶⁴

Concluimos así que el enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de obligaciones, que se hará efectiva a través de la *actio in rem verso*, que como ya hemos señalado consiste en una acción de restitución de valor, personal, contra el enriquecido, que tiende a equilibrar el empobrecimiento producido y el enriquecimiento realizado.⁶⁵

⁶¹ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, Luis, p. 200.

⁶² Cfr. DIEZ, Manuel M., Derecho Administrativo, T. III, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, pp. 68-69.

⁶³ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, Luis, p. 200. En este sentido USECHE PERDOMO manifiesta que “la acción de enriquecimiento injusto podría por lo demás, cubrir un amplio campo en el que quedarían incluidos: 1) Los supuestos de gestión oficiosa a favor de un ente administrativo sin encargo previo de este y 2) Los casos en que el encargo se ha realizado pero adolece, en cuanto contrato, de tales vicios que debe considerarse nulo de pleno derecho. La falta de los elementos esenciales del negocio contractual que se declara nulo no es obstáculo para que existan los elementos necesarios de la de la gestión de negocios ajenos. Se acepta la postura mayoritaria, proveniente del derecho civil, en la cual (...) , el enriquecimiento sin causa tiene un campo de aplicación mucho más amplio.” (USECHE PERDOMO, Jaime Andrés, p. 16.)

⁶⁴ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, p. 96.

⁶⁵ Cfr. DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, p.417.

1.5 El enriquecimiento sin causa en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Previamente a tratar el tema del acápite, es necesario hacer una breve referencia al CC de Vélez, el cual no contenía una norma específica sobre el enriquecimiento sin causa, sino que solamente se receptó la idea en aspectos particulares de algunos artículos. Así, este instituto servía de base a las notas de los artículos 43 (daños que ocasionen las personas jurídicas), 499 (no hay obligación sin causa), 728 (el pago efectuado por un tercero contra la voluntad del deudor), 784 (cuando por error se entregue o pague algo), 907 (cuando por hechos involuntarios se causare un daño, sólo se responderá, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido), 2302 (la gestión de negocios impropia), 2306 a 2310 (el empleo útil), 2589 (la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador) y en muchas otras situaciones más.⁶⁶

En materia de enriquecimiento sin causa, López Mesa afirma que nuestro CC no sufrió modificaciones relevantes con la reforma de la ley 17.711 y que un supuesto típico de enriquecimiento sin causa era del menor que responde solamente en la medida del enriquecimiento, al no tener capacidad para los negocios. Luego de la reforma de la ley 17.711, López Mesa aclara que, se deja de lado este supuesto y lo que se consagra es una reparación de equidad (artículo 907 CC).⁶⁷

Así la doctrina mayoritaria afirma que existía en nuestro ordenamiento un principio general del derecho que prohibía el enriquecimiento indebido. Pero, al no haber estado legislado, todo a su respecto era materia de apreciación.⁶⁸

Ahora bien, el nuevo CCyC reconoce expresamente al enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, incluyendo las fuentes clásicas y las modernas en un desarrollo ordenado de las diferentes figuras.⁶⁹

⁶⁶ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos, Edición actualizada, Reimpresión, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pp.513-523. Ver también LÓPEZ MESA, Marcelo J., pp. 369-372.

⁶⁷ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, p. 372.

⁶⁸ Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, p. 516.

⁶⁹ En la doctrina existe una gran variedad de clasificaciones, y podría señalar que cada autor tiene la propia. En este sentido, Díez-Picazo considera que hay tres fuentes: a) la que se constituye por la autonomía privada, donde están el negocio jurídico, las relaciones contractuales de hecho y el testamento; b) las relaciones de heteronomía, da como ejemplo el contrato impuesto u obligatorio; y c) las creadas por la ley de manera directa, ejemplos: la responsabilidad extracontractual, el enriquecimiento sin causa, etc. (Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, pp. 96-98).

En este contexto⁷⁰, el nuevo Código en su Título V, Capítulo 4°, de la Sección 1° (que refiere a las Disposiciones Generales), legisla el enriquecimiento sin causa en los artículos 1794 y 1795, los cuales disponen respectivamente que: “Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”, y “La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción, para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido”.⁷¹

El artículo 1795 establece expresamente la obligación de la subsidiariedad para la procedencia de la acción de repetición. Ésta procede solamente cuando no existe ninguna otra acción o vía de derecho para restablecer el equilibrio patrimonial, siendo la última ratio que le queda al beneficiario de la acción.

Con respecto a la cuantía del resarcimiento, el artículo 1798 dispone: “La repetición obliga a restituir lo recibido, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir.”⁷²

En resumen, a partir de la sanción del nuevo Código, está previsto específicamente, los siguientes elementos de la *actio in rem verso*: dos de ellos, conforme afirma Alterini, son de carácter positivo (el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento de la otra) y los otros dos, negativos (una relación entre uno y otro que no responda a una causa que lo justifique, y la ausencia de una acción por parte del empobrecido para poder obtener la reparación del empobrecimiento).⁷³

⁷⁰ Así, en el Libro Tercero sobre los derechos personales, se encuentran los contratos en los Títulos II (contratos en general), III (contratos de consumo) y IV (contratos en particular) en los arts. 957 a 1707; y en el Título V (otras fuentes de las obligaciones), integrado por: el Capítulo I sobre la responsabilidad civil (arts. 1708 a 1780), el Capítulo II sobre la gestión de negocios, el Capítulo III sobre el empleo útil (arts. 1781 a 1793); el Capítulo IV sobre el enriquecimiento sin causa (arts. 1794 a 1799), el Capítulo V sobre la declaración unilateral de la voluntad (arts. 1800 a 1814) y el Capítulo VI sobre títulos valores (arts. 1815 a 1881).

⁷¹ Cfr. ALTERINI, Jorge, Código Civil y Comercial comentado, Tratado exegético, T. VIII Arts: 1708 a 1881 otras fuentes de obligaciones, 2da. Edición actualizada y aumentada, ALFERILLO Pascual, GÓMEZ Leo Osvaldo y SANTARELLI Fulvio, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, pp. 521-531.

⁷² Ibidem.

⁷³ Cfr. ALTERINI, Jorge, pp. 526-530. El nuevo Código receptó el principio general del enriquecimiento sin causa expresamente en los artículos 401, 528, 882, 1710 y 1827. Asimismo refiere al espíritu de dicho principio en los artículos 884, 1000, 1211, 1328, 1378 y 1629.

Capítulo 2. Consideraciones particulares sobre el enriquecimiento sin causa.

2.1. Presupuestos del enriquecimiento sin causa para la procedencia de la *actio in rem verso*.

Entre los presupuestos necesarios para procedencia de la *actio in rem verso*, la Jurisprudencia exige y la doctrina mayoritaria manifiesta que serán necesarios los siguientes requisitos:⁷⁴

- a) Enriquecimiento del demandado constituido por una ventaja patrimonial, ya sea por un aumento del patrimonio o por una no disminución del mismo.
- b) Empobrecimiento del actor.
- c) El beneficio obtenido debe ser correlativo entre el empobrecimiento y el enriquecimiento. Es decir, deberá tener una relación causal que los ligue.
- d) No debe haber ninguna causa jurídica que justifique la obtención de dicho beneficio a costa del empobrecimiento ocasionado, ni debe haber ninguna norma jurídica que prohíba o impida el pago del resarcimiento.
- e) No debe haber ninguna otra acción por la que se pueda obtener la compensación, su carácter es subsidiario.
- f) Las prestaciones que dieron origen al enriquecimiento deben ser necesarias para satisfacer un fin de interés público, por ejemplo la provisión de medicamentos a hospitales.⁷⁵ El enriquecimiento tiene que ser una utilidad o servicio que cause un beneficio, directo o indirecto, del interés público.
- g) Debe haber buena fe del empobrecido.⁷⁶

⁷⁴ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p.25.

⁷⁵ Cfr. MONTI, Laura, “Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa.” Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nro.: 361, Buenos Aires, 28-ABR-09, pp. 157-158 http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/los_contratos_administrativos_.html. Disponible el 19/V/2018.

⁷⁶ Cfr. MONTI, Laura, pp. 157-158. Ver también IVANEGA, Miriam Mabel, “El Principio de Buena Fe en los Contratos Administrativos” Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nro.: 360, Buenos Aires, 28-ABR-09, pp. 18-24. http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/el_principio_de_buena_fe_en_lo.html, disponible el 15/V/2018.

Los presupuestos anteriormente descriptos deben concurrir necesariamente para que la acción de enriquecimiento sin causa sea viable. Si faltara alguno de ellos, dicha acción no sería procedente. No obstante ello, no implica que los requisitos establecidos sean absolutos, puesto que hay matices para su aplicación.⁷⁷ El juez deberá analizar las particularidades de cada caso y el cumplimiento de estos presupuestos, los cuales deberán concurrir en su totalidad. Todo ello en virtud de que el enriquecimiento sin causa es una herramienta excepcional.⁷⁸

En razón de ello, analizaremos por separado cada uno de sus presupuestos⁷⁹:

a) Es necesario que el enriquecimiento se concrete en una ventaja o provecho real o efectivo patrimonial, susceptible de apreciación pecuniaria.⁸⁰ Con respecto a la diversidad de formas que el enriquecimiento puede asumir en su configuración, los casos más frecuentes son los supuestos de enriquecimiento positivo: lucro emergente (*lucrum emergens*), se refiere al ingreso de una cosa corporal, o de un derecho, a la esfera patrimonial del enriquecido. También están comprendidos los supuestos de enriquecimiento negativo: daño cesante (*damnum cessans*); consistente en la no consumación de la disminución de un patrimonio (v.gr., ahorro de gastos). Sin embargo, el juez será quien determinará, en el caso concreto, cuándo se ha configurado el enriquecimiento en base a los criterios de justicia y equidad.⁸¹

El enriquecimiento deberá consistir en un aumento del valor del patrimonio, el cual tiene que resultar netamente económico, de manera que debe estar estrechamente vinculado con la idea de valor pecuniario.⁸²

b) El empobrecimiento del actor será consecuencia del enriquecimiento de la Administración. Aquel deberá consistir en una pérdida de apreciación pecuniaria. Así el empobrecimiento podrá consistir en la baja de un valor del patrimonio, o en la prestación de un servicio sin que se haya recibido retribución a cambio, o en la no obtención de un lucro cierto y positivo⁸³, es decir, que “se entiende producido este empobrecimiento aun en algunos supuestos en que no hay una propia disminución del patrimonio, sino una

⁷⁷ Cfr. COVIELLO, Pedro, J.J., “El enriquecimiento sin causa en la contratación pública”, en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2014, pp. 234-238.

⁷⁸ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., pp. 378-379.

⁷⁹ Cfr. HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca. pp. 107-110.

⁸⁰ Cf. DIEZ-PICAZO, Luis, p. 100.

⁸¹ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p. 26.

⁸² Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., p. 379.

⁸³ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, Luis, p.194.

ganancia dejada de obtener,⁸⁴ por ejemplo, una ocupación indebida del uso de una cosa ajena. La existencia real de este empobrecimiento fundamentará el derecho para la *actio in rem verso*.⁸⁵

c) El beneficio obtenido deberá ser correlativo al empobrecimiento del administrado y tener una relación causal que los ligue, es decir, que será necesario que el empobrecimiento del actor sea a causa del enriquecimiento del demandado.⁸⁶ Asimismo, no deberá haber ninguna causa jurídica que justifique la obtención de dicho beneficio a costa del empobrecimiento ocasionado.

El actor deberá probar la relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento,⁸⁷ es decir, el beneficio que uno experimenta habrá de ser consecuencia del perjuicio que el otro sufre ya que, en caso contrario, si el empobrecimiento no fuera causado por el enriquecimiento, sino que el perjuicio sea el resultado de otras causas, la *actio in rem verso* no será procedente.⁸⁸

d) La ausencia de causa, como requisito, será el eje central para la procedencia de la teoría del enriquecimiento sin causa. Deberá consistir en la falta de fundamento jurídico de la asignación patrimonial realizada. Tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento deberán estar desprovistos de causa que los legitime jurídicamente. Por causa deberá entenderse el antecedente jurídico que justifica la adquisición de un valor, en consecuencia, la ausencia de causa implicará que no haya un motivo lícito o ilícito,⁸⁹ es decir, que no deberá haber relación contractual, hecho ilícito o delito que vincule al empobrecido con el enriquecido.

Usualmente, las situaciones en que podría proceder la acción de restitución se dan cuando no existe contrato que vincule a las partes, o cuando éste ha sido irregularmente celebrado, por ejemplo, cuando se incumple el procedimiento de selección del contratista de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.⁹⁰

⁸⁴ REBOLLO PUIG, Manuel, p. 26.

⁸⁵ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, p. 102.

⁸⁶ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, p. 103.

⁸⁷ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, Luis, pp. 185-202. Ver también, BORDA, Guillermo, *op. cit.*, p. 521.

⁸⁸ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, p. 103.

⁸⁹ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., p. 379.

⁹⁰ Marchetti Luciano, afirma que no corresponde desarrollar la actividad contractual sin observar, como regla, un procedimiento de selección público y reglado mediante sus distintas especies. En este contexto señala dos supuestos en los que no se debería recurrir al enriquecimiento sin causa a través de la figura del legítimo abono, ya que el contrato sería válido. Por un lado, en los contratos celebrados en el marco de una situación de emergencia extraordinaria y por probadas razones de emergencia se acredita que responden a

En este contexto, será presupuesto necesario que no exista otra vía de derecho y que no se eluda una disposición legal. Cabe aclarar que la *actio in rem verso* sólo puede aplicarse *praeter legem*, es decir, ante omisiones o lagunas legales; pero esta acción no puede ser objeto de aplicación cuando la ley establece otras acciones para el caso (*secundum legem*), dado su carácter subsidiario; o cuando su aplicación va en contra de la ley (*contra legem*),⁹¹ ya que el enriquecimiento sin causa no puede modificar las soluciones de derecho positivo, ni siquiera atenuarlas por aplicación de la equidad.⁹² En este contexto, sostenemos que no debe haber ninguna norma jurídica que prohíba o impida el pago del resarcimiento. Cosculluela Montaner afirma que es necesaria la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.⁹³

e) El actor no deberá tener otra acción nacida de un contrato o de la ley, por medio de la cual pueda obtener la reparación que pretende. Para ello será necesario analizar cada caso en particular.⁹⁴ Es decir, si el empobrecido dispusiere de otra acción admisible para la satisfacción del interés en juego, derivada de cualquier fuente de las obligaciones (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley), no podrá interponer la *actio in rem verso*.⁹⁵

Por el carácter subsidiario de la *actio in rem verso*, no procederá dicha acción, si una situación está contenida y resuelta por las normas jurídicas, debiendo aplicarse dichas disposiciones legales. López Meza destaca que el carácter subsidiario de la *actio in rem verso* surgió en la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa hacia 1915, inspirada por Aubry y Rau y dictada con el objeto de evitar el excesivo alcance que la acción de enriquecimiento había adquirido. Y, desde entonces, la figura del enriquecimiento sin

situaciones objetivas que permitirían la contratación directa. Por otro la continuación de un contrato vencido en los términos y condiciones originales. Muchas veces las contrataciones fracasan o son declaradas desiertos o no se advierte con la antelación suficiente el agotamiento del stock o vencimiento contrato alquiler, etc. Dichas situaciones en la práctica administrativa suelen solucionarse mediante el mecanismo de legítimo abono. Parte de la doctrina entiende que la continuidad del vínculo una vez expirado el plazo del contrato y de sus prórrogas podría encontrar fundamento en la aplicación analógica del artículo 1218 del Código Civil y Comercial. La práctica administrativa suele calificar estos casos de legítimo abono y en rigor no debería, ya que el pago encontraría su causa justificante en el contrato original y su continuidad amparada por la doctrina que emerge del artículo 1218 del Código Civil y Comercial. (Cfr. MARCHETTI, Luciano "¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido", en *El Derecho Administrativo serie especial. El Derecho*, 2005)

⁹¹ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., p. 387.

⁹² Ibidem.

⁹³ Cfr. COSCULLUELA MONTANER Luis, pp. 185-202.

⁹⁴ Cfr. MONTI, Laura M., p. 345.

⁹⁵ Cfr. HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca, p. 110.

causa se ha configurado como una herramienta subsidiaria que resulta utilizable solo cuando no existen otras vías ordinarias que produzcan una solución justa en el caso concreto.⁹⁶

Respecto al requisito de la subsidiaridad de la acción de enriquecimiento sin causa, Coviello mantiene una postura opuesta a tal exigencia, manifestando que la necesidad de la subsidiariedad tiende a negar su aplicación, y dificulta al juez dictar una sentencia justa al caso en concreto. Muchas veces no hay solo un camino para decidir justamente.⁹⁷

Sin embargo tanto la Jurisprudencia como la generalidad de la doctrina, sostienen el carácter subsidiario de dicha acción, es decir que de existir otra acción, no es posible promoverla.⁹⁸ El carácter subsidiario que la doctrina asigna al enriquecimiento sin causa, se debe a su carácter excepcional.⁹⁹ Con el nuevo CCyC, la *actio in rem verso* ya ha quedado contemplada como acción subsidiaria, que persigue restablecer un equilibrio patrimonial alterado sin causa que lo justifique. El reclamo permanente de la doctrina y la jurisprudencia en relación a su incorporación en el texto legal, ha quedado satisfecho.¹⁰⁰

f) Respecto al carácter de la prestación que dio origen al enriquecimiento, diferenciamos entre las mejoras necesarias, aquellas que hacen a la conservación de la cosa; y las útiles, las cuales aprovechan a cualesquiera poseedor (artículos 751 y 753 del CCyC). En este contexto la profesora Monti afirma que la acción procede cuando las prestaciones han sido necesarias para satisfacer un fin de utilidad pública. Es decir, la prestación que dio origen al enriquecimiento debe ser necesaria. La simple utilidad no bastaría, al ser su reconocimiento más complicado, ya que a priori no parece que pudiera haber lugar a la indemnización, a no ser que el juez considere reconocerlas por razones de interés social o de justicia en el caso particular.¹⁰¹

⁹⁶ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., p. 385.

⁹⁷ Cfr. COVIELLO, Pedro J., “El Enriquecimiento ...”, p.236.

⁹⁸ La Suprema Corte mendocina la que dejó sentado en un fallo que la acción de enriquecimiento sin causa tiene carácter subsidiario y queda excluida si hay ley aplicable y no procede su aplicación si la relación entre las partes está regida por un contrato que tiene su propia regulación. Fallo Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1a, 29/10/07, “Chiavetta, Hugo Silvio v. Gobierno de Mendoza (Dirección de Recursos Naturales Renovables) s/A.P.A.”, en Abeledo Perrot online.

⁹⁹ Cfr. HERRERA DE VILLAVICENCIO Blanca, p.114.

¹⁰⁰ Cfr. TANZI, Silvia, op.cit., p.2.

¹⁰¹ Cfr. MONTI, Laura, pp. 155-158.

En relación a la forma de probar la necesidad de la prestación, Laura Monti afirma que podría ser mediante la acreditación de la inclusión en el presupuesto correspondiente, de una partida para gastos por el tipo de prestación efectuada.¹⁰²

Otro sector de la doctrina afirma la irrelevancia de sostener la distinción entre prestaciones necesarias y prestaciones simplemente útiles, ya que ambas han reportado al ente público un beneficio que se considera suficiente para generar la obligación de restitución.¹⁰³

En resumen, la Administración podrá resistir la acción por considerar que las prestaciones no son útiles ni necesarias. La parte actora deberá probar o la Administración reconocer, que dichas pretensiones han sido necesarias o eventualmente útiles para satisfacer un fin de interés público.¹⁰⁴

g) Debe haber buena fe del empobrecido. Entendemos que este presupuesto ya no es discutible, es considerado tanto por la Jurisprudencia como por la doctrina mayoritaria, como necesario para la procedencia del enriquecimiento sin causa.

El artículo 9 del CCyC establece que los derechos deben ser ejercidos de buena fe.¹⁰⁵ De igual manera el artículo 961 del mismo Código, dispone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe.¹⁰⁶ En este sentido la Corte ha dispuesto como regla básica de moralidad en los procedimientos administrativos el principio de buena fe, al afirmar en reiterados casos que dicho principio es aplicable en el ámbito de los contratos administrativos, debiendo primar en todo momento lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.¹⁰⁷

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, pp. 446-448.

¹⁰⁴ Cfr. MONTI, Laura, pp. 155-158.

¹⁰⁵ Cfr. IVANEGA, Miriam Mabel, “El Principio ...”, p. 25. Con referencia al Principio de Buena Fe, la profesora Ivanega afirma que hay una buena fe objetiva y una buena fe subjetiva. La primera se refiere a la buena fe-creencia o buena fe-confianza, que indica la convicción razonable y diligente del contratante, que se atiene a lo que surge de la apariencia de lo externo y la segunda implica la buena fe probidad o buena fe-lealtad) con que los contratantes deben someterse a lo pactado (...). La profesora Ivanega sostiene que sin buena fe, la confianza no puede ser legítima. La confianza legítima es una derivación de un valor, en el que se basa la situación específica del particular frente a la actuación de la Administración Pública que tiene apariencia de juridicidad.

¹⁰⁶ Artículo 961 del CCyC establece que: “Las partes están obligadas no sólo a lo que está formalmente expresado, sino también a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.”

¹⁰⁷ Cfr. CSJN: “Chediak c/ Estado Nacional”. Fallos 305:1011; 311:971; 315:158. También en fallo CSJN, 17/4/2007, fallos:330:1649. La Corte vuelve a aplicar el principio de buena fe en el caso “Astarsa S.A.” (2006). Lo particular del fallo es que aquí la Corte señala, que un emplazamiento a firmar un “Acta

En este orden de ideas la buena fe es una presencia obligada en la conciencia jurídica universal e indudablemente no puede obviarse su aplicación en el derecho administrativo, y en especial en los contratos administrativos, aplicándose en sus múltiples funciones, como principio general del derecho; como fundamento del ordenamiento jurídico y como principio informador interpretativo e integrador.¹⁰⁸ Coincidimos con Laura Monti cuando refiere que los parámetros a utilizar para hacer o no lugar a la acción, serán la evaluación subjetiva de la actuación del particular (su buena o mala fe).¹⁰⁹

Siguiendo con este orden de ideas, el principio de buena fe refuerza la aplicación del enriquecimiento sin causa. Todo ello en virtud de que el contratista que actúa de buena fe hace más patente la injusticia de su empobrecimiento.¹¹⁰

En sentido contrario, cuando estamos en presencia de un contratista que conoce los vicios existentes en el contrato, y a pesar de ello realiza las prestaciones, se aprovecha de dicha situación y atenta contra el principio de buena fe, no siendo justo que la acción de enriquecimiento sin causa sea procedente. En este caso es el propio contratista el que causó el perjuicio, ya que aun conociendo los vicios del contrato, igualmente decidió ejecutar las prestaciones, pudiendo haber evitado el perjuicio sufrido.¹¹¹ Este enfoque fue reiterado por la Corte al manifestar que el reconocimiento del enriquecimiento y el empobrecimiento está vinculado a la buena fe, entendiéndose que no es procedente la acción de repetición si existió mala fe de la contraparte empobrecida. Desconocer un contrato por la falta del procedimiento previo, tiene un afán de exigencia ética y transparencia, por lo que resultaría incongruente que, lo que se veda (al negar la existencia

Acuerdo” en un plazo perentorio de 24 horas y bajo apercibimiento de considerar retirada la oferta, es contrario al deber de buena fe, al amparo del cual, deben celebrarse los contratos administrativos. Se advierte así que el principio de buena fe debe imperar en los contratos administrativos.¹⁰⁷ En igual sentido la Cam. Nac. Cont. Adm., Sala 5ª, “Ascensores Servas S.A. c/ Ministerio de Defensa” (2013), sustenta su condena sobre la base de la aplicación del principio de buena fe.¹⁰⁷ (Cfr. MIRANDA, Laura, “La Buena Fe del empobrecido en el enriquecimiento sin causa”, publicado en: RDA 2013-88, 29/08/2013,1073, cita Online: AP/DOC/1157/2013).

¹⁰⁸ Cfr. CHIBÁN, Nora, “Aplicación de los principios de Buena Fe y Pacta Sunt Servanda” en CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado General de los Contratos Públicos*, T.II, 1ª ed. 1ª reimpresión, LA LEY, C.A.B.A., 2014, pp. 825-826.

¹⁰⁹ Cfr. MONTI, Laura, “Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa”, Publicado en: Cita ONLINE: 0027/000027, pp. 5-6. La profesora Monti destaca la aplicación de la exigencia de la confianza legítima sostenida por la doctrina cuando el particular conociendo las disposiciones sobre los procedimientos de selección, las omite deliberadamente o permite su omisión al consentirlo, obteniendo un enriquecimiento a costa del patrimonio público y de otros potenciales contratistas del Estado que no operan ilegalmente.

¹¹⁰ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p. 363.

¹¹¹ Cfr. IVANEGA, Miriam Mabel, “El Principio ...”, p. 20.

del contrato) se le reconozca luego mediante la figura del enriquecimiento sin causa, salvo que el contratista acredite la buena fe y el desconocimiento de los trámites omitidos.¹¹²

El Máximo Tribunal ha reconocido que la exigencia de la buena fe del particular, se acentúa en el caso de los contratistas del Estado no siendo posible disculpar la ignorancia de la existencia de un contrato, sea que no ha existido convención alguna o se configure la omisión de formas esenciales para el perfeccionamiento del vínculo. Los contratistas del Estado tienen un deber de diligencia calificado, siendo que esas empresas, por su especialización poseen un acceso indudable a toda la información vinculada a la contratación, lo cual debe incluir, necesariamente, el conocimiento de la normativa a la que se sujetan las contrataciones. No puede admitirse que la contratista alegue que desconocía la nulidad manifiesta de la contratación, toda vez que la misma se sustenta en la omisión de las formas esenciales requeridas para el perfeccionamiento del vínculo con el Estado. Lo irregular de su proceder, quita mérito a la contratante en su alegada sorpresa frente a la sanción de nulidad del convenio. Se presume que quien contrata con el Estado reúne no sólo cualidades técnicas, sino que también conoce los alcances jurídicos del vínculo que lo liga con la administración, en tanto aquel resulte ciertamente claro.¹¹³

El contratista debe actuar siempre con la necesaria diligencia, poniendo en la realización de los trabajos, el cuidado y la atención que son propios de quien se desempeña como un colaborador de la Administración Pública, en el logro de un fin de interés público. Es por ello, que aquella tiene el correlato de exigir a su contratante, el fiel y exacto cumplimiento de todas las obligaciones previstas en el contrato y en la documentación que forma parte de él. Este cumplimiento no se limita solamente a lo expresado en las actuaciones, sino a todo aquello que deba considerarse que está virtualmente comprendido en sus previsiones, y que resulte necesario para que se configure la regular y debida ejecución del contrato.¹¹⁴ Cabe también valorar que en relación al conocimiento del vicio, éste debe ser fehacientemente acreditado, no puede derivarse de la presunción civilista y genérica del conocimiento del derecho, o que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado.¹¹⁵ Por todo ello, “partiendo de la exigibilidad de la ausencia de mala fe o culpa del empobrecido y sin desatender el criterio de la CSJN en relación a la

¹¹² Fallo Warming SA c/ Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), CNFed. C. Adm. , sala IV, del 5/11/2002.

¹¹³ Fallo CSJN Stamei. Fallo 319:168. Fallo Servipark del 30/11/2007. Fallo Natural Foods Industrial Exportadora SA c/ GCBA, CCAyT, CABA, Sala II, del 28/08/2008.

¹¹⁴ Cfr. IVANECA, Miriam Mabel, “El principio ...”, p. 20.

¹¹⁵ PTN, Dictámenes 245:280

buena fe y el deber de diligencia calificado del contratista del Estado, la presunción de conocimiento del vicio debería admitir prueba en contrario, pues no necesariamente quienes contratan con la Administración han de ser especialistas en los procedimientos administrativos y corresponderá, en cada caso en particular, analizar las circunstancias que pudieran haber sucedido.¹¹⁶ Sin perjuicio de lo anteriormente manifestado, en la actualidad hay una tendencia objetiva en el derecho privado, que no considera el elemento subjetivo (buena fe providencia). En respuesta a ello, Laura Monti manifiesta que a pesar que actualmente prevalece el criterio objetivo en cuanto a que es irrelevante la existencia del dolo o culpa del particular, ello es posible en el derecho privado pero no se podría aplicar en el derecho público, debido a que en este último se refuerza el cumplimiento de las formas prescriptas en el ordenamiento jurídico, pues ellas se hallan dirigidas a la protección del interés público.¹¹⁷

Por otro lado, la doctrina minoritaria entiende que no debería requerirse el elemento subjetivo, afirmando que la exigencia de la buena fe del proveedor, esto es, que no haya habido mala fe o culpa en el contratista, es una valoración que no debería resultar exigible para proceder al pago de lo reclamado.¹¹⁸ En este orden de ideas consideran que en el caso concreto, resultará muy dificultoso que el actor pueda demostrar que ha obrado de buena fe, considerando que con esa falta de prueba se incurriría en una injusticia, ya que la Administración se enriquecería y no pagaría suma alguna por las prestaciones realizadas.

Esta parte de la doctrina entiende que con pagar solamente el empobrecimiento, sin considerar la ganancia estimada por el proveedor, será suficiente para desalentar este tipo de prácticas que atentan contra todos los principios que deben regir las contrataciones públicas, de manera de salvaguardar también la justicia y equidad que deben regir en toda actuación estatal.¹¹⁹

No coincidimos con la postura anteriormente citada, todo ello en virtud que desconocer este requisito, podría ser un sustento en el cual ampararse para permitir conductas contrarias al derecho y comprometer en forma irregular los fondos públicos.¹²⁰ Sin perjuicio de ello, se entiende que se deberá analizar cada caso en concreto,

¹¹⁶ Cfr. MIRANDA, Laura; “La Buena Fe del empobrecido en el enriquecimiento sin causa”, Publicado en: RDA 2013-88, 29/08/2013, 1073, Cita Online: AP/DOC/1157/2013.

¹¹⁷ Cfr. MONTI, Laura, p. 157.

¹¹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, p. 68.

¹¹⁹ Cfr. FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, p. 91.

¹²⁰ Cfr. IVANECA, Miriam Mabel, “El Principio ...”, p. 24.

de tal manera que sea factible aplicar la acción de enriquecimiento sin causa como un verdadero remedio jurídico.

En conclusión, la administración y los particulares están sujetos a todos los principios generales del derecho, por ello en su actividad no pueden exceptuarse de cumplir con dichas exigencias. La buena fe debe estar presente desde la génesis misma de la contratación hasta su efectiva finalización.¹²¹

2.2. Algunas consideraciones sobre la prohibición de proceder de oficio por parte del juez.

Al respecto, la CSJN niega la petición de la actora cuando no se invoca el enriquecimiento sin causa al momento de iniciar la demanda, (v.gr., cuando se funda la demanda de cobro de pesos en incumplimiento contractual, y no en la institución citada) todo ello por invocación del principio de congruencia. Por lo tanto, si se hiciera lugar a la pretensión por la causal de enriquecimiento, se vulneraría el principio de congruencia y se afectaría el derecho de defensa de la accionada. Se requiere el planteo de la acción de enriquecimiento sin causa al efectuar la demanda al menos en subsidio. En adición a ello, el Máximo Tribunal manifiesta que los presupuestos para el enriquecimiento deben ser previstos al incoarse la acción legal y que los mismos constituyen una carga probatoria de la actora.¹²²

Con una posición muy crítica, frente a la postura asumida en los últimos tiempos por la Corte, Coviello destaca algunos puntos que, según él, no son positivos. En primer lugar, cuando se exige que se invoque la teoría al inicio de la demanda, Coviello manifiesta que dicho requisito no está contemplado en ninguna norma jurídica. Con lo cual negar al juez que aplique el derecho es olvidar el principio *iura novit curia*. Cuando el juez resuelve, toma los remedios y argumentos que sirven para llegar a la solución justa del caso. En relación al principio, *iura novit curia*, invocar que se afecta el derecho de defensa cuando el juez aplica la teoría del enriquecimiento, en palabras de Coviello sería un contrasentido en relación a los poderes del juez, ya que: “si bien el juez está inhabilitado para tener en cuenta hechos no afirmados por las partes, no ocurre lo mismo con la determinación de las normas aplicables, ya que él debe atenerse al conocimiento del orden jurídico vigente, con prescindencia de las afirmaciones o argumentaciones de orden legal formuladas por las partes (*iura novit curia*)”.¹²³

¹²¹ Ibidem.

¹²² Cfr. FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, p. 69.

¹²³ Cfr. COVIELLO, Pedro J.J., “El Enriquecimiento ...”, p. 236.

Contrario a dicha postura entendemos de conformidad con lo sostenido por la Corte en el Caso Ingeniería Omega, al establecer que es un requisito ineludible que la acción de enriquecimiento sin causa sea invocada por la actora al momento de entablar la acción judicial, aunque sea en subsidio, ya que no se puede aplicar de oficio, sino que su planteo debe realizarse en la primera presentación. En dicho caso, la Corte sentó su principio de que no corresponde fundar la decisión condenatoria en el principio del enriquecimiento sin causa, pues ello implicará una grave violación del principio de congruencia, cuando la actora funde su demanda de “cobro de pesos” solamente en el supuesto incumplimiento contractual.¹²⁴ Por lo tanto, quien ha llevado a cabo prestaciones a la Administración y afirma que se ha producido un enriquecimiento sin causado de ésta, deberá solicitarlo con esa base, al menos en subsidio.¹²⁵

2.3. Efectos del enriquecimiento sin causa.

2.3.1. Respecto al deber de restituir. Alcances

El enriquecimiento sin causa genera una acción de carácter personal, de la cual goza el empobrecido para ejercer la pretensión de enriquecimiento, que no sólo podrá plantearse por vía de acción sino también por vía de reconvencción.¹²⁶

La acción *in rem verso* tiene por objeto el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre el empobrecido y el enriquecido, buscando tutelar tanto al primero como al segundo. La obligación restitutoria que nace a consecuencia del enriquecimiento sin causa no posee el mismo contenido que las obligaciones que surgen del contrato. Es decir, que la obligación de restitución por las prestaciones ejecutadas es diferente a la obligación que surja del mismo cumplimiento contractual.¹²⁷ En adición a ello, Damsky afirma que el monto que se abone por la prestación reconocida bajo la aplicación de este instituto no comprende el lucro que le podría haber correspondido percibir, sino solamente el costo del bien que sería el valor del enriquecimiento en la medida de su empobrecimiento. Así aún en aquellos casos en los que se hace lugar a la pretensión de la empresa, no se le

¹²⁴ Cfr. FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara, p. 92. Ver también Fallos, 292:97.

¹²⁵ Cfr. MONTI Laura, “Los Contratos...”, publicado en: Cita Online: 0027/000027, p. 3.

¹²⁶ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, p.110. Ver también Causa N° 6716/2000, Juzgado Civil y Comercial Federal N° 7, “Comisión Nacional de Energía Atómica c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ cobro de sumas de dinero”, 2/12/2014.

¹²⁷ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p. 345.

reconoce el pago del monto total de la factura presentada por el proveedor, que siempre incluye el lucro.¹²⁸

En tal sentido, la doctrina mayoritaria sostiene que la medida de la restitución se deberá limitar al empobrecimiento efectivo, no se puede permitir que el contratista se vea beneficiado con el incumplimiento de la normativa vigente a fin de obtener los beneficios propios de la actividad comercial, ya que tiene el deber de conocer la exigencia normativa del procedimiento administrativo.¹²⁹

La acción de enriquecimiento sin causa es una acción de reembolso que tiene límites ciertos y precisos. En este sentido esta acción de restitución acoge un doble tope, no pudiendo exceder del enriquecimiento y del empobrecimiento. Para cualquier evento el límite estará dado siempre por la cantidad menor. No podrá el actor reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento.¹³⁰ El monto que podrá reclamar el empobrecido deberá ajustarse a la cuantía de su empobrecimiento, aunque el enriquecido haya sacado de ello una ventaja mayor, por ejemplo por la valorización de una propiedad que adquiriera con el fruto del enriquecimiento.¹³¹ En este sentido Borda sostiene que la reparación “no debe exceder del empobrecimiento, pues en lo que lo excediera, la pretensión carecería de interés legítimo y el empobrecido vendría a resultar enriquecido sin causa.”¹³²

En definitiva este instituto no tiene por objeto, como ya se ha dicho, reparar el perjuicio sufrido al empobrecido sino restablecer el equilibrio patrimonial alterado como consecuencia de un movimiento de valores jurídicamente injustificado.¹³³

2.3.2. Respecto al efecto retroactivo.

En cuanto a los intereses que lleva aparejada la *actio in rem verso*, cuando prospera judicialmente, la doctrina sostiene que los accesorios deben computarse desde la fecha en que quedó en mora el enriquecido, momento a partir del cual, tiene derecho al

¹²⁸ Cfr. DAMSKY, Isaac A., “La crisis de la licitación pública. Sobre la forma de los contratos administrativos y cuestiones subyacentes”, en Derechos, Garantía y potestades en los contratos públicos, Jornada organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, pp. 125-151.

¹²⁹ Cfr. MONTI Laura, “Los contratos...”, op. cit., p. 4.

¹³⁰ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, p.394.

¹³¹ PTN Dictamen: 280:107 del 2 de febrero 2012.

¹³² Cfr. BORDA, Guillermo A., p.524.

¹³³ Cfr. DAMSKY, Isaac, “Excursus sobre la forma de los contratos administrativos o la necesidad de modernizar la licitación pública en Argentina.”, p. 16.

http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/IsaacAugustoDamski.pdf. Disponible el 19/V/2018.

reintegro, y desde él comienzan a correr los accesorios del capital. Así, afirma López Mesa, dado que la sentencia que constata la existencia de un enriquecimiento sin causa es meramente declarativa de éste, no sería justo para el demandante privarlo de los intereses desde la fecha de constitución en mora del enriquecido y favorecer indirectamente a quien se enriqueció injustamente en detrimento de otro.¹³⁴ En igual sentido se ha expedido la Jurisprudencia de la Corte, al considerar que el inicio del cómputo de los intereses responde a la mora, es decir, que el reclamo de intereses habrá de proceder desde que se constituyó en mora al deudor.¹³⁵

2.4. El papel del enriquecimiento sin causa en la configuración de la responsabilidad administrativa y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

2.4.1. El enriquecimiento sin causa como factor de atribución de la responsabilidad estatal.

En cuanto al concepto sobre “factor de atribución”, Perrino lo define como el fundamento necesario para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado¹³⁶. Asimismo, Cassagne afirma que los factores de atribución determinan el nacimiento de la responsabilidad del Estado¹³⁷ y limitan o amplían la medida de la indemnización.¹³⁸

En adición a ello, Perrino señala que los factores de atribución más importantes y de carácter genérico que permiten que surja el deber de reparar por parte del Estado por su actividad ilegítima son la falta de servicio y el riesgo creado. Sin embargo, también

¹³⁴ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., p. 396; PTN dictamen 223:88.

¹³⁵ CSJN Fallos: 340:1570; 9/11/2017. Causa n° 27.152/2001 “Marcos Martini SA c/AFIP DGA s/contrato administrativo” Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala I, 14/3/2017.

¹³⁶ Cfr. PERRINO, Pablo E., “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, RAP Digital, Revista: Ediciones Especiales: Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, 01/05/2001, p.61.

http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/responsabilidad_del_estado/los_factores_de_atribucion_de_.html.

¹³⁷ La responsabilidad patrimonial del Estado y la de los funcionarios y agentes públicos fue considerada una materia propia del Derecho Público, en general, y del Derecho Administrativo, en particular. Ambas cuestiones resultan extrañas al CCyC pues sólo cabrá su aplicación analógica. La responsabilidad patrimonial del Estado está gobernada por normas y principios de Derecho Administrativo. De allí que su regulación no es única: será nacional o local, según corresponda (artículo 1 de la Ley 26.944 y 1765 CCyC).

¹³⁸ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración.”, p. 6,

http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_Estado_por_la_actividad_de_la_Administracion_.pdf

existen otros factores de atribución para supuestos específicos, a saber: Tutela del crédito, seguridad social, equidad, garantía y enriquecimiento sin causa.¹³⁹

En este mismo sentido, García de Enterría incluye al enriquecimiento sin causa cuando refiere los títulos y modalidades de imputación del daño a la Administración, a fin de determinar en base a qué títulos puede atribuirse a ella, el deber de reparación que se concreta en responsabilidad patrimonial, destacando entre ellos, como señalamos, a la imputación por enriquecimiento. En este marco, el enriquecimiento sin causa a favor de la Administración se configura como una modalidad de imputación que encuentra su justificación en la existencia de un beneficio en el patrimonio de la Administración, incluso en la modalidad negativa, de la eliminación de un perjuicio (*damnum cessans*), a consecuencia del hecho que sufre el particular generándole un empobrecimiento. En relación a los servicios u obras realizadas sin contrato o en virtud de un contrato no formalizado o inválido, cualesquiera que sean los defectos que puedan acusarse por falta de formalización del contrato, debe procederse al pago, pues el enriquecimiento sin causa a costa del otro no está admitido en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁴⁰

Siguiendo con este orden de ideas, la profesora Monti sostiene la procedencia de utilizar al enriquecimiento sin causa como factor de atribución de la responsabilidad estatal cuando los particulares se vinculan con la Administración, y, eventualmente, le realizan prestaciones sin que se haya anudado un vínculo contractual válido, por haberse omitido procedimientos esenciales (en general, cuando no se ha llevado a cabo la licitación pública u otros sistemas de selección reglados para escoger al contratista de manera legítima).¹⁴¹

En este sentido concluye, la posibilidad de que los particulares invoquen el instituto del enriquecimiento sin causa, para hacer responsable al Estado, intentando mantener el equilibrio entre la necesidad de cumplimentar las formalidades administrativas, el buen uso de los recursos públicos y la protección de la garantía constitucional de la propiedad de quienes no deben, de acuerdo a principios generales del derecho, verse injustamente perjudicados en sus patrimonios, en beneficio de una entidad pública estatal.¹⁴² En sentido contrario, Cassagne afirma que:

“Actualmente los factores de atribución como la garantía, el enriquecimiento sin causa y el riesgo, son algo así, -en el derecho público- como el cajón de sastre del sistema en el que van a

¹³⁹ Cfr. PERRINO, Pablo E., “Los factores ...”, pp. 62-64.

¹⁴⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson Reuters, Madrid, 1995, pp. 387-394.

¹⁴¹ Cfr. MONTI, Laura, p. 156.

¹⁴² *Ibidem*.

parar teorías que tienen mayor arraigo y justificación en el ámbito del derecho civil que en el derecho administrativo, no obstante que el factor de riesgo se haya abierto paso en algunas decisiones de nuestro Alto Tribunal.¹⁴³

Desde el punto de vista de la doctrina que reconoce en el derecho público al enriquecimiento sin causa como factor de atribución, Perrino afirma que éste se produce ante una situación de desplazamiento patrimonial no justificado, pudiendo el sujeto empobrecido deducir la acción de restitución del enriquecimiento injusto.¹⁴⁴ Sin embargo, pueden configurarse casos, en los que el enriquecimiento del Estado tiene como correlativo un empobrecimiento que se ajusta al concepto de daño. En tales supuestos, Perrino sostiene que, “ese enriquecimiento indebido constituye un título jurídico de atribución del deber de indemnizar.”¹⁴⁵ En tales hipótesis, es posible reconocer supuestos donde pueden concurrir tanto la acción por enriquecimiento como por daño. En estos casos la acción indemnizatoria de daños y perjuicios permite la restitución del daño y el enriquecimiento.¹⁴⁶

En este sentido, la Jurisprudencia y la doctrina española admiten la procedencia y coexistencia de ambas acciones en forma concurrente.¹⁴⁷ Un ejemplo de ello, es el caso en el que el Tribunal Supremo decidió la coexistencia de ambas acciones, como consecuencia de un contrato administrativo inválido por irregularidades, al determinar que el contrato carente de todo el procedimiento establecido no puede producir el efecto de la adjudicación, y que por ello mismo no permite entender como perfeccionada la enajenación de la parcela. Asimismo, en relación a los daños concluyó que entran en el concepto de daños causados en aquellas relaciones con la Administración, todos los gastos realizados en la preparación y ejecución de proyectos técnicos de sus instalaciones, así como los necesarios para concurrir en competencia con autorizaciones en la bahía de Algeciras que eran complementarias de la actividad industrial proyectada en los terrenos; daños cuya realidad aparece probada en el proceso, así como su relación de causalidad con los pactos de la Administración y la ulterior decisión de no perfeccionar la adjudicación de la parcela.¹⁴⁸

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo de la Sala Contencioso de Madrid, resolvió, a partir de los datos fácticos probados, que la irregularidad de la Administración no le puede ocasionar perjuicio al contratista, que se limitó a cumplir las órdenes de

¹⁴³ CASSAGNE, Juan Carlos “Reflexiones...”, p. 6.

¹⁴⁴ Cfr. PERRINO, Pablo E., “Los factores...”, p. 63.

¹⁴⁵ PERRINO, Pablo E., “Los factores...”, p. 63.

¹⁴⁶ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p.259.

¹⁴⁷ Cfr. USECHE PERDOMO, Jaime A., p. 20.

¹⁴⁸ Tribunal Supremo de España: Núm. 1.632.- Sentencia de 15 de diciembre de 1987.

ejecución que la Administración le había realizado. Entender las cosas de otra manera, supondría un privilegio intolerable en favor del ella pues la prestación a cargo de la misma, en supuestos como el presente, no sería exigible como consecuencia de omisiones y vicios procedimentales imputables a la propia Administración, y no al contratista. Lo que es claramente rechazable, es que no es posible consagrar que dichas omisiones produzcan beneficios a quien las origina.¹⁴⁹ El Tribunal Supremo reconoció el derecho del contratista, a que se le abone la cantidad que corresponda por el beneficio industrial e intereses de las obras realizadas y no incluidas en el primitivo proyecto relativo a la restauración del Palacio de San Telmo.¹⁵⁰

En otro fallo, el mismo Tribunal Supremo, reiteró su doctrina al resolver el derecho del contratista a percibir de la Administración, en concepto de cobertura e indemnización por los déficits de explotación de las líneas interinsulares de navegación de Canarias, fundamentando su sentencia en la obligación de la Comunidad Autónoma a abonar las cantidades reclamadas por enriquecimiento injusto y por responsabilidad patrimonial al causar daños, ante la celebración de un contrato irregular desde el punto de vista administrativo imputable a la Administración.¹⁵¹

En Argentina ello no es posible, dado el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa, con base en la Jurisprudencia, en la doctrina y en el nuevo CCyC.

2.4.2. Respecto a la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Coincidimos con Laura Monti en que el pago que realiza el Estado como resultado de la *actio in rem verso*, no implicará eludir la responsabilidad de los funcionarios públicos que eventualmente puedan haber intervenido.¹⁵²

En este sentido, Abalos Gorostiaga afirma que la CSJN y los tribunales inferiores deberán profundizar esta teoría, y “ante la constatación de los hechos antijurídicos descriptos precedentemente no deberán limitarse a declarar la inexistencia de la relación contractual, sino que además de ello deberán efectuar las denuncias correspondientes contra los partícipes necesarios en este tipo de hechos antijurídicos, para que respondan,

¹⁴⁹ STS, Sala de lo Contencioso. Madrid, Sección 4, 11/5/2004, Nº de Recurso: 3055/1999.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ STS, Sala de lo Contencioso, Madrid, Sección 3, 01/07/2013, Nº de Recurso:3035/2011.

¹⁵² Cf. MONTI, Laura, “Los contratos ...”, p. 4. Para más abundamiento ver LAGARDE, Fernando M. “Responsabilidad de los funcionarios públicos en la contratación administrativa”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2007, pp. 705-724.

civil y/o penalmente, por la violación al ordenamiento jurídico y los perjuicios que hayan ocasionado al erario público.”¹⁵³

Los funcionarios públicos pueden ser responsabilizados disciplinaria, patrimonial, civil, penal y políticamente cuando los actos que de ellos emanan incumplan las normas que rigen su actuar, siendo su obligación indemnizar los daños que produzcan.¹⁵⁴ Dichos ámbitos no son excluyentes entre sí, pudiendo ser un funcionario responsabilizado por un mismo hecho en dos o más aspectos sin que ello implique violar el principio *non bis in idem*, ya que cada sistema de responsabilidad protege distintos intereses jurídicos.¹⁵⁵

El profesor Valero Escribano sostiene que la responsabilidad derivada de la tramitación irregular de expedientes de contratación no eximirá de las responsabilidades que en su caso, hubiera lugar respecto de los funcionarios y autoridades que sustanciaron o consintieron la contratación irregular. Las distintas responsabilidades en que pueden incurrir los funcionarios y autoridades en relación con la tramitación de procedimientos de contratación pueden clasificarse, en dos grandes grupos: las reparatorias, que tienen por objeto resarcir a la Administración de los daños y perjuicios que le causaron sus funcionarios o sus gestores, y las sancionatorias, dirigidas a castigar determinadas actuaciones y conductas previamente tipificadas como socialmente reprochables.¹⁵⁶

¹⁵³ ÁBALOS GOROSTIAGA, Raúl, “El contrato administrativo inexistente. Precisiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, 1/12/2010, LL, Thomson Reuters, Cita Online: 0003/015226, p. 13.

¹⁵⁴ Cfr. IVANEGA, Miriam, Mabel, “Las responsabilidades de los funcionarios públicos”, disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.159, http://dga.unsa.edu.ar/images/Biblioteca_Gral/Biblioteca_Restringida/11.pdf, disponible el 12/VIII/18. Ver también la Convención Interamericana contra la corrupción aprobada por Ley 24759, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por Ley 26097, Convención Internacional contra el soborno Transnacional aprobada por Ley 25319, Ley 25.164 de regulación del empleo público, ley 25188 de ética en la función pública.

¹⁵⁵ Cfr. LAGARDE, Fernando M., p.709. Para mayor abundamiento ver CALDERÓN, Gladys Ester, “Responsabilidad de los funcionarios públicos”, Auditoría y gestión de los fondos públicos, Auditoría Pública N° 54 julio, 2011, pp. 71-90.

¹⁵⁶ Cfr. VALERO ESCRIBANO, José Ignacio, “La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares”, Revista Española de Control Externo, vol. XVII, n.º 50 (Mayo 2015), pp. 149-179. El profesor Valero Escribano continúa afirmando que en las responsabilidades reparatorias, encontramos dos subtipos de responsabilidad: la responsabilidad administrativa patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios ocasionados y la responsabilidad contable, que de conformidad con la doctrina más extendida se concibe como una responsabilidad civil extra-contractual derivada del principio general de obligación de indemnizar daños. También encontramos dos subtipos de responsabilidad dentro del segundo grupo, las responsabilidades sancionatorias: Responsabilidad penal, derivada de las diversas conductas punibles recogidas en el Código Penal y la Responsabilidad disciplinaria. Junto a esta clasificación de responsabilidades, se ha introducido en el ámbito del buen gobierno, un conjunto de infracciones y sanciones a través de las cuales se puede

Frente a este escenario, nos preguntamos si es posible ejercer, por parte de la Administración, la acción de repetición contra sus funcionarios, en virtud del pago realizado como consecuencia del reconocimiento del enriquecimiento sin causa. Así, parte de la doctrina sostiene que en principio no parecería procedente, ya que la Administración se benefició con el incremento patrimonial, y si bien se podría ver alterada su potestad de programación en el presupuesto objeto de su competencia, no habría sufrido así, ningún perjuicio económico,¹⁵⁷ salvo que pudiera acreditarlo como consecuencia por ejemplo de los mayores costos comparativos con otras prestaciones que sí fueron contratadas, respetándose los procedimientos de contratación vigentes.¹⁵⁸

Ahora bien, si realizamos un análisis más profundo, y seguimos lo señalado por Perrino en cuanto que, la responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos¹⁵⁹ es una consecuencia del derecho a una buena administración, contenido en el derecho iberoamericano, en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación a la Administración Pública,¹⁶⁰ aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada en Caracas el 10 de octubre de 2013. Frente a este escenario, cabe hacer una breve reflexión sobre la posibilidad de que el derecho a una buena administración incida en la procedencia de la responsabilidad de los empleados y funcionarios públicos, que han tenido vinculación con la tramitación irregular de expedientes de contrataciones administrativas.¹⁶¹

Lo interesante es reparar en el contenido del artículo 46 del Capítulo tercero de la Carta, sobre el derecho fundamental a la buena administración pública y sus derechos derivados, cuando reconoce:

“El derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo. Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización en plazo razonable por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, en los casos en que así se determine de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente, podrán demandar, ante la

determinar las responsabilidades derivadas de la actuación de los altos cargos. Estas responsabilidades presentan tanto carácter reparatorio como sancionador.

¹⁵⁷ Cfr. DE VICENTE GONZÁLEZ, Losé L., pp. 409-441.

¹⁵⁸ Cfr. ÁBALOS GOROSTIAGA, Raúl, p.13.

¹⁵⁹ Ley 26.944, Artículo 9º: La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

¹⁶⁰ PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad...*, pp. 214-231.

¹⁶¹ *Ibidem*.

Administración y/o ante los Jueces o Tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.”¹⁶²

En este marco, creemos que para poder exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los funcionarios públicos con fundamento en el derecho a una buena administración, únicamente será posible en la medida que se genere una reglamentación específica y concreta, a fin de hacer efectivo el cumplimiento de los deberes impuestos a cada uno.¹⁶³

Capítulo 3. El Enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos.

3.1. Cuestiones Previas.

La contratación pública es uno de los ámbitos en donde mejor se refleja en la actualidad, el proceso de formación y desarrollo de los llamados nuevos derechos y principios. Creemos que ellos en realidad son preexistentes al neoconstitucionalismo, dado que ya estaban reconocidos en la Constitución.¹⁶⁴ Sin embargo, pensamos que se trata de una puesta en valor de ellos, que se concreta al pregonar la aplicación de los principios generales del derecho, además de ser un imperativo de que toda contratación administrativa debe enmarcarse, en los principios de legalidad, transparencia, publicidad y difusión, buena fe, libre competencia, igualdad y concurrencia, eficiencia, eficacia, economía, sustentabilidad, etc., a fin de garantizar el interés público comprometido.¹⁶⁵

Desde el punto de vista constitucional se sostiene que no es procedente realizar una contratación pública sin observar, como regla, un procedimiento de selección público y reglado, como por ejemplo a través de la licitación pública, la licitación privada, la contratación directa, etc.. Las normas que regulan la contratación del sector público nacional también exigen el cumplimiento de este tipo de procedimientos.¹⁶⁶

¹⁶²<https://www.clad.org/images/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20Derechos%20y%20Deberes%20del%20Ciudadano%20en%20Relacion%20con%20la%20Administracion%20Publica.pdf>

¹⁶³ Cfr. AGUILAR GUERRA, Vladimir Osmán, “Principio de legalidad en la administración pública. Buen gobierno y transparencia. Su contextualización al caso guatemalteco”. Ponencia organizada por La Abogacía General del Estado del Ministerio de Justicia de España y por La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, en el Centro de Formación de la Cooperación Española en la Antigua Guatemala. 29/11/2013, pp. 20-21.

https://issuu.com/justiciagt/docs/principio_de_legalidad_en_la_admini, disponible el 19/5/2018.

¹⁶⁴ Cfr. PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Los Contratos Públicos como regla de Derecho en el Neoconstitucionalismo.”, en *Derechos, Garantías y Potestades en los Contratos Públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2014, pp. 573-594.

¹⁶⁵ Cfr. FERNÁNDEZ, Bettina, p.2.

¹⁶⁶ Cfr. MARCHETTI, Luciano, op. cit., p. 1.

Advertimos así que es necesario tener en cuenta que cuando los requisitos para la validez de las contrataciones administrativas no fueren cumplimentados con las formas y procedimientos legalmente exigidos para su celebración,¹⁶⁷ se deberá atener a las consecuencias de ello, en tanto la CSJN ha reiterado que: “La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación específica exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada, pues se trata de un requisito esencial de su existencia”¹⁶⁸

No se trata de una posición de puro apego normativo sino que debe ser una preocupación real de la Administración pública y de los particulares, por el buen funcionamiento de ésta y la correcta utilización de los recursos públicos.¹⁶⁹ No puede eludirse que la validez de los contratos administrativos se encuentra supeditada, por el principio de legalidad que rige toda acción u omisión administrativa, al cumplimiento de los procedimientos de selección impuestos por el ordenamiento jurídico.¹⁷⁰

3.2 La incidencia del elemento forma.

Es conocida la doctrina de la Corte, al exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, para la validez de los contratos administrativos. Así, el vínculo contractual tiene como exigencia cumplir con las formalidades determinadas en la ley, en miras del interés público comprometido y su valor probatorio. Pero también se vincula con los principios generales del derecho, como por ejemplo al velar por el cumplimiento del principio de transparencia mediante el respeto por las formas, se evita que esas contrataciones queden en la esfera reservada de quienes las celebran, siendo necesario el cumplimiento de los procedimientos, para que estemos en presencia de un contrato administrativo.¹⁷¹

A fin de comprender la incidencia del elemento forma en el ámbito del derecho administrativo se debe velar, como principio basilar, por el cumplimiento del principio de legalidad, el cual impone que el ejercicio de la actividad administrativa se adecue al

¹⁶⁷ Cfr. DUBINSKY, Guido y CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)”, Publicado en: Suplemento Administrativo, 2010 (noviembre) 56, LA LEY 2010, -F, 169, cita online: AR/DOC/7337/2010.

https://informacionlegal.com.ar/maf/app/delivery/offload/get?_=1525

¹⁶⁸ CSJN, Ingeniería Omega S.A. c/ Munic. de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 323:3934 (5/12/2000).

¹⁶⁹ Cfr. MONTI, Laura, p. 158.

¹⁷⁰ TSJ de la CABA, “Orrico SRL s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Orrico SRL c/ GCBA s/ cobro de pesos”, Expte. n° 7653/10.

¹⁷¹ Cfr. IVANECA, Miriam Mabel, “El principio...”, p. 19.

orden jurídico establecido, y que las contrataciones que celebra observen las formas y procedimientos como presupuestos esenciales de validez de ellas a fin de perseguir la obtención del bien común.¹⁷²

En este mismo sentido la profesora Ivanega afirma que “la forma se convierte en un requisito esencial, que trasciende su mero carácter instrumental, para ubicarse en el plano de los comportamientos éticos.”¹⁷³ Así el requisito de cumplir con determinadas formalidades, tiene una íntima conexión con el interés público comprometido y con el principio de transparencia ya que mediante las formas se impide que las contrataciones públicas queden en la esfera reservada de quienes las celebran.¹⁷⁴

Es importante distinguir entre las formas y la formalidad, siendo esta última el procedimiento que debe seguirse para realizar una contratación válida. Así, la Administración cuenta con distintas etapas indispensables y necesarias para realizar un contrato administrativo. Para ello, resulta necesario establecer: una necesidad pública, determinar si existen fondos presupuestarios para afrontar los gastos de la contratación, establecer el objeto, determinar el procedimiento de selección del contratista y llevarlo a cabo, entre otras cuestiones. Todas estas etapas integran la formalidad como elemento de los contratos administrativos.¹⁷⁵

Ha habido una evolución jurisprudencial de la CSJN a lo largo de la historia en relación al elemento forma. La interpretación inicial de la Corte, ante el incumplimiento de las formalidades exigidas por la ley en relación a los contratos administrativos ha cambiado de la nulidad del contrato a la inexistencia del mismo.¹⁷⁶

¹⁷² Cfr. FERNÁNDEZ, Bettina, p. 7.

¹⁷³ IVANEGA, Miriam Mabel, “El principio...”, p. 19.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ CSJN Fallos: 310:548. Respecto al recaudo de la habilitación presupuestaria, la Profesora Ábalos, María Gabriela afirma, que en general la doctrina, considera que funciona como una auténtica habilitación para contratar impartida, por el Poder legislativo y materializada en la autorización para gastar en el monto presupuestado. Sin embargo la Corte considera a este requisito como subsanable, ya que los fondos se pueden obtener con posterioridad. Así lo ha expresado en el caso *Liberdinsky c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, resuelto el 12 de marzo de 1987, publicada en Fallos:310:548 (Cfr. ÁBALOS, María Gabriela, “La licitación y otros procedimientos de selección del cocontratante”, en FARRANDO, Ismael (h), *Contratos administrativos*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p.42.)

¹⁷⁶ Cfr. CANDA, Fabián O., “La importancia del elemento forma en el contrato administrativo”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, Homenaje a Julio R. Comadira, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2007 p 35. Parte de la doctrina minoritaria considera que a partir del Fallo CASE la Corte ha vuelto a mutar a la postura sobre la nulidad del contrato. Cfr. DAMSKY, Isaac A., “La crisis ...”, pp. 143-148.

En un primer momento el Máximo Tribunal afirmaba que la omisión de alguna formalidad requerida por la ley implicaba la nulidad absoluta del contrato celebrado. La Corte sostenía que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supeditaba al cumplimiento de las formalidades exigidas por la normativa jurídica pertinente en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, y que la omisión de la licitación pública, cuando ella es requerida por la ley, vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación y, por añadidura, el contrato celebrado con el contratista.¹⁷⁷

A partir de los casos "Más Consultores Empresas S.A." e "Ingeniería Omega" la Corte omite referirse a la nulidad de los contratos celebrados en violación de las formas esenciales, para referirse expresamente a los supuestos de contratos inexistentes. Es decir, declarando inexistentes aquellos que omitieran dichas formalidades.¹⁷⁸

La CSJN sostiene que la forma del contrato, constituye un elemento esencial que hace a la existencia del mismo, siendo un requisito que hace a la validez del vínculo contractual.¹⁷⁹ Siguiendo con este orden de ideas, Damsky afirma que:

“Si hasta ese momento las contrataciones irregulares merecerían la declaración judicial de nulidad mediante la aplicación del régimen de invalidez de los actos administrativos contenido en la LNPA, la nueva solución endureció el cariz proyectando al campo del derecho público la tesis civilista del acto inexistente. En consecuencia, situaciones hasta ese momento nulificadas pasaron a fulminarse de inexistentes”.¹⁸⁰

En este mismo sentido Canda afirma que en el caso de los contratos, existe una “potenciación del elemento forma”,¹⁸¹ ya que la falta de un procedimiento esencial, generará la inexistencia del contrato, en vez de dar lugar a la nulidad absoluta del mismo.

¹⁷⁷ Fallos: 308:618; 316:382.

¹⁷⁸ Cfr. RATTI MENDAÑA, Florencia Soledad. “De la nulidad a la inexistencia de los contratos administrativos (un repaso jurisprudencial, con ocasión del fallo Lix Klett)”, cita online: AP/DOC/4299/2012. Ratti Mendaña sostiene que “la doctrina de la nulidad fue reemplazada por la de inexistencia. De este modo a la afirmación recurrente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas, la Corte supo adicionar que cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.” Ratti continúa, con un breve análisis, y afirma que ambas posiciones, son esencialmente contradictorias, ya que “como consecuencia de la primera, la ausencia de forma provocará la nulidad del contrato, mientras que por imperio de la segunda, la ausencia de forma determinará su inexistencia. Un contrato no puede ser nulo e inexistente a la vez, simplemente por el principio de aplicación de no contradicción: nada puede ser y no ser al mismo tiempo”.

¹⁷⁹ Cfr. UGOLINI, Daniela, “El perfeccionamiento del contrato administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado General de los Contratos Públicos*, T. II, Ed. La Ley, 2014.

¹⁸⁰ DAMSKY, Isaac A., “La crisis ...”, pp. 125-151.

¹⁸¹ Cfr. CANDA, Fabián, “El elemento forma en el contrato administrativo”, en CASSAGNE Juan Carlos *Tratado General de los contratos públicos*, 1ª ed., 1ª reimpresión, LA LEY, C.A.B.A., 2014, p. 1263.

La declaración de inexistencia, cuando se han vulnerado los procedimientos esenciales de la contratación, y la consecuente inexistencia de los derechos que pudieran pretenderse con base en él, podría producir un efecto disuasivo para la comisión de maniobras irregulares, pues ningún contratista querrá arriesgarse a un desconocimiento judicial de sus derechos una vez cumplida la prestación.¹⁸²

En relación con la teoría del acto inexistente, parte la doctrina administrativa considera que no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual ha generado grandes críticas.¹⁸³

En resumen, consideramos que con independencia si estamos frente a un supuesto de nulidad o de inexistencia, entendemos que en cada caso en concreto se deberá tener en cuenta, la exigencia jurisprudencial del elemento forma como requisito para la validez de los contratos administrativos. Coincidimos con la profesora Monti cuando refiere que:

“No es una posición de puro apego a las normas, sino que debe ser una preocupación del administrador público o el particular y contribuyente interesado en el buen funcionamiento de la Administración y la correcta utilización de los recursos públicos.”¹⁸⁴

Según García Pullés esta doctrina debe ser examinada desde la perspectiva de los principios generales del derecho vinculados con la administración de bienes ajenos. Se utilizan fondos públicos, obligando ello a establecer y seguir procedimientos debidamente documentados, públicos y de clara transparencia, para hacer posible su control posterior.¹⁸⁵

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, 7ª ed., T.II, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp.158-161. Siguiendo con la doctrina que es crítica a la Corte respecto a este tema en particular, señala Canda que: “Según el Título III de la LNPA el vicio grave o la falta del elemento forma implica la nulidad absoluta del contrato y no su inexistencia.” Canda termina su trabajo concluyendo que: “Un análisis de la jurisprudencia existente permite afirmar que la vulneración grave del requisito forma produce efectos muy disímiles según se verifique en el marco de un acto administrativo (caso en el cual suele dar lugar a una subsanación del vicio en sede administrativa o judicial) o en un contrato administrativo (caso en el cual determina la inexistencia de éste). Ambas soluciones no son consistentes conforme a la LNPA, ya que ésta determina la nulidad absoluta tanto del acto como del contrato administrativo afectado gravemente en cualquiera de sus elementos esenciales.” En CANDA, Fabián, “El elemento ...”, pp. 1290-1291.

¹⁸⁴ MONTI, Laura, pp. 155-158.

¹⁸⁵ Cfr. GARCÍA PULLES, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Abeledo Perrot, CABA, 2015, pp. 357-370.

En resumen la forma, no obedece a un extremo simplemente ritual, sino que responde a cuestiones sustanciales que procura obtener vínculos contractuales que sean oportunos y adecuados al interés público.¹⁸⁶

En consecuencia, la acción por enriquecimiento sin causa puede proceder contra la Administración Pública cuando ésta se relaciona con los particulares y no existe contrato entre ellos, o cuando el mismo ha sido irregularmente celebrado, por ejemplo por no respetar el procedimiento de selección del contratista de conformidad con lo estipulado en el ordenamiento jurídico, pero debería ser utilizada con la máxima de las prudencias.¹⁸⁷ Concluimos con el criterio sostenido por la profesora Monti en cuanto que:

“Una admisión demasiado laxa de la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa en el ámbito contractual administrativo debe ser objeto de un desarrollo y profundización pues puede suponer el admitir la absoluta discrecionalidad de la Administración Pública en su actuación patrimonial, y la legitimidad de cualquier funcionario para actuar en nombre de la Administración, así como la indefensión de la Administración Pública frente a comportamientos abusivos o fraudulentos de los particulares.”¹⁸⁸

3.3. El enriquecimiento sin causa en la Jurisprudencia de la CSJN.

Como se puede apreciar, en relación a la validez de los contratos administrativos cuando éstos no fueran precedidos de las formas y procedimientos legalmente establecidos para su celebración, el Máximo Tribunal, con el paso del tiempo ha ido mutando levemente su jurisprudencia, al ponderar determinados matices e interpretaciones, lo cual nos llevará a examinar el tema en cuestión.

Por ello, a fin de poder realizar un análisis sobre la Jurisprudencia de la CSJN, respecto de los presupuestos exigidos para la procedencia de la *actio in rem verso*, con especial referencia la postura de dicho tribunal sobre el elemento forma, tendremos en cuenta algunas condiciones necesarias y matices fundamentales¹⁸⁹, que detallamos a continuación:

- 1) La importancia del elemento forma vinculado a la validez del contrato.¹⁹⁰
- 2) La necesidad de plantear el enriquecimiento sin causa al incoarse la demanda, aunque sea de manera subsidiaria.¹⁹¹
- 3) La carga de la prueba corresponde a la actora.¹⁹²

¹⁸⁶ Cfr. FERNÁNDEZ Bettina, p. 7.

¹⁸⁷ Cfr. CANDA, Fabián, “El elemento ...”, pp. 1290-1291.

¹⁸⁸ MONTI, Laura, p. 158.

¹⁸⁹ Cfr. DUBINSKI, Guido y CADARCI MÉNDEZ, Ariel, op.cit.

¹⁹⁰ CSJN, Fallos:308:618; 316:382; 323:1515; 323:3924.

¹⁹¹ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., p. 385.

¹⁹² CSJN, Fallos:323:3924; 329:5976; 333:1922.

- 4) La buena fe del contratista.¹⁹³
- 5) El límite de la restitución.¹⁹⁴
- 6) Que se trate de un beneficio necesario a favor de la Administración.¹⁹⁵
- 7) Previsión presupuestaria.¹⁹⁶

La CSJN hasta el año 2000 consideraba al elemento forma como un requisito de validez y eficacia, declarando la nulidad de la contratación administrativa ante el vicio en las formas; citamos a modo de ejemplo algunos de ellos a saber: “Hotel Internacional Iguazú c/ Estado Nacional”; “Radeljak Juan C. c/ Administración General de Puertos” y “Vicente Robles SAMCICIF c/ Estado Nacional /Servicio Nacional de Parques Nacionales”.¹⁹⁷ Es importante señalar que estos tres fallos no se basaron en la inexistencia de un trámite esencial, sino en la conducta de la contratista durante el procedimiento de selección y firma del contrato, queriendo incorporar unilateralmente pretensiones contrarias al pliego (ley del contrato).¹⁹⁸

A partir del caso “Más Consultores Empresas S.A. c/ Provincia Santiago del Estero s/cobro de pesos”, la Corte ha determinado que la prueba de la existencia de un contrato administrativo, se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente confeccionado; y al no verificarse los recaudos de la previa habilitación presupuestaria y realización de una licitación pública, la Corte entendió que no se cumplió con un requisito esencial que hace a la existencia del contrato que se invoca.¹⁹⁹

Posteriormente en el caso “Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/Provincia de Salta s/ incumplimiento de contrato”, la Corte reiteró el criterio seguido en Más Consultores, concluyendo que siendo la forma un requisito esencial del contrato administrativo y al no haberse realizado la correspondiente licitación pública, corresponde el rechazo de la acción basada en obligaciones derivadas de un acuerdo inexistente.²⁰⁰

¹⁹³ CSJN “J.J. Chediak S.A. c/ Fuerza Aérea Argentina”, Fallos: 319:1681 (27/08/1996).

¹⁹⁴ PTN, Dictamen N° 280:107, 2 de febrero 2012.

¹⁹⁵ Cfr. MONTI, Laura, p. 157.

¹⁹⁶ Ley 24.156, Ley de Administración Financiera, artículos 14 y 15.

¹⁹⁷ Cfr. CANDA, Fabián, “El elemento ...”, pp. 1261-1291.

¹⁹⁸ Idem, p. 1272.

¹⁹⁹ CSJN, Más Consultores Empresas S.A. c/ Provincia Santiago del Estero s/cobro de pesos, Fallos: 323:1515 (1/6/2000).

²⁰⁰ CSJN, Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/Provincia de Salta s/ incumplimiento de contrato, Fallos: 323:1841 (11/7/2000).

Poco después en el caso “Ingeniería Omega S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, la Corte reiteró la inexistencia del contrato por falta del mecanismo de selección fijado por la legislación vigente, adicionando que cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su realización, dicha forma debe ser respetada ya que se trata de un requisito esencial de su existencia. Finalmente desecha la acción de enriquecimiento sin causa por vulnerar el principio de congruencia y el derecho de defensa, al no haberse previsto el enriquecimiento sin causa al momento de incoarse la demanda, ni haber constituido la prueba a fin de acreditarlo. Sostuvo que no se probó el empobrecimiento del actor, como condición de existencia del derecho a repetir, teniendo el actor la carga de la prueba.²⁰¹

En resumen, en este fallo el Máximo Tribunal determinó que la existencia del contrato se halla íntimamente vinculada con la forma exigida por la ley; también dispuso la imposibilidad de que la acción de restitución basada en el enriquecimiento sin causa proceda, si no fue alegada, aunque sea de manera subsidiaria al incoarse la demanda y por último precisó como condición de existencia del derecho a repetir la procedencia de la prueba del empobrecimiento.²⁰²

Luego en el caso “Carl Chung Ching Kao c/ Provincia de La Pampa s/ cobro de pesos”, el Máximo Tribunal denegó el reclamo de honorarios en concepto de servicios por intervenciones quirúrgicas, basado en la doctrina “Ingeniería Omega”. La Corte se limitó a mantener la reiterada doctrina que los contratos administrativos deben celebrarse conforme las formas legales, que en consecuencia no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un contrato, que no habría sido celebrado con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación.²⁰³

En esta sentencia la Corte mantuvo su postura en cuanto a la importancia del elemento forma en el contrato administrativo, teniendo en cuenta los requisitos 1); 2) y 3) descriptos en el punto 3.3. del presente capítulo, en relación al elemento forma vinculado a la validez del contrato; la necesidad de plantear el enriquecimiento sin causa

²⁰¹ CSJN, Ingeniería Omega S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 323:3924 (5/12/2000). Una parte de la doctrina sostiene que en este fallo, la Corte aplica con una extrema rigurosidad la carga de la prueba del actor, al tener que acreditar el empobrecimiento de una parte y el correlativo enriquecimiento de la otra. Como consecuencia de tal rigurosidad Dubinski y Cardaci Méndez, afirman que en la práctica resulta de muy difícil cumplimiento acreditar tales extremos. Sin embargo afirman que con el tiempo la Corte cede en tal extremo, tornando más viable su cumplimiento.(Cfr. DUBINSKY, Guido y CARDACI MÉNDEZ, Ariel, op. cit. Ver también COVIELLO, Pedro J.J., “El Enriquecimiento ...”, pp.226-227.

²⁰² Ibidem

²⁰³ CSJN, Carl Chung Ching Kao c/ Pcia de La Pampa s/ cobro de pesos, Fallos: 324:3019 (25/9/2001).

al incoarse la demanda, aunque sea de manera subsidiaria; y la carga de la prueba corresponde a la actora.

En el Caso “Magnarelli Cesar A. c/ Provincia de Misiones s/ cobro de pesos”, la Corte sostuvo que no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades exigidas. Ordenó rechazar la demanda de cobro de pesos en concepto de retribución de servicios prestados y recordó la teoría sobre la inexistencia del contrato sostenida en Más Consultores.²⁰⁴

En el Caso “Laser Disc Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza s/ cobro de pesos”, la Corte no hizo lugar a la demanda, sobre la base de la doctrina Ingeniería Omega, como consecuencia de la falta de legitimación activa opuesta por el Estado provincial, al no ser la actora titular de la relación jurídica sustancial en que se sustentaba su pretensión, por no poder probar el perfeccionamiento del contrato, conforme a las normas jurídicas vigentes, con la Provincia de Mendoza.²⁰⁵

En el caso “Indicom S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ cobro de pesos”, la actora demandó a la Provincia de Buenos Aires, de la que depende el Comando Policial Radioeléctrico de Lanús, por cobro de pesos originado en la falta de pago de cánones por la prestación del servicio de transmisión de datos alfanuméricos mediante *beepers*. La Corte sostuvo que, la falta del procedimiento licitatorio estipulado por la ley, determinaba la inexistencia del contrato.²⁰⁶

En el Caso “Punte, Roberto A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato”, el Máximo Tribunal reiteró la doctrina de Ingeniería Omega y rechazó la demanda tendiente a cobrar del Estado Nacional regalías hidrocarburíferas adeudadas. La CSJN entendió que la omisión del procedimiento de selección del contratista (licitación pública en el caso particular) determinaba la inexistencia del contrato.²⁰⁷

En autos "Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", en el dictamen del procurador fiscal subrogante sostuvo que el argumento central para resolver el caso, se sustentaba en la inexistencia de la contratación, y que por ello

²⁰⁴ CSJN, Magnarelli Cesar A. c/ Prov. de Misiones s/ cobro de pesos, Fallos: 326:1280 (10/04/2003).

²⁰⁵ CSJN, Laser Disc Argentina S.A. c/ Prov. de Mendoza s/ cobro de pesos, Fallos:326:3206 (1/9/2003).

²⁰⁶ CSJN, Indicom S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ cobro de pesos, Fallos: 327:84 (10/2/2004).

²⁰⁷ CSJN, Punte, Roberto A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato, Fallos:330:3444 (21/3/2006).

correspondía revocar la sentencia de Cámara, por lo que ordenó restituir los insumos medicinales suministrados, conforme a lo normado por el artículo 1052, Código Civil. Los Ministros Petracchi y Lorenzetti, sin referirse a la inexistencia o la nulidad, fundaron el deber de restitución en el instituto del enriquecimiento sin causa, y en vez de proceder a la restitución de los medicamentos, como había ordenado la sentencia da Cámara, habida cuenta que ello implicaría llamar a una nueva licitación, debiéndose restituir el importe correspondiente a fin de evitar que la comuna se enriquezca a expensas del patrimonio del particular sin compensación alguna. Sin embargo los jueces Maqueda y Zaffaroni aplicaron directamente la doctrina de “Ingeniería Omega”. En cambio los jueces Fayt, Highton de Nolasco y Argibay aplicaron el artículo 280 del CPCC.²⁰⁸

Posteriormente la Corte, en el caso “Síper Aviación S.A. c/ Provincia de Catamarca s/cobro de pesos”, la Corte Suprema no hizo lugar a la demanda remitiéndose a los fundamentos sostenidos en Ingeniería Omega, en cuanto que el contrato no cumplió con las formalidades establecidas por el derecho local, repercutiendo de esta manera en la inexistencia del mismo. Asimismo entendió que la actora no invocó ni demostró el empobrecimiento como condición de la existencia del derecho a repetir con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa.²⁰⁹

En el caso “Sciammarella Romeo c/ Estado Nacional - Ministerio de Educación s/ proceso de conocimiento”, la Corte ratificó la doctrina mantenida en el fallo Ingeniería Omega entendiendo que la actora no acreditó la existencia de un contrato administrativo con las formalidades exigidas por la ley.²¹⁰

En el Fallo “CASE S.A.C.I.F.I.E. c/ GCBA s/ recurso de hecho”, la Corte revocó la sentencia de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento. La Cámara, hizo lugar al cobro de una suma como consecuencia del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de Centros Geriátricos Municipales, adjudicado por un decreto municipal. Si bien las obras se realizaron, el contrato adolecía de irregularidades formales. La Procuradora Fiscal en base a la teoría del enriquecimiento sin causa reconoció el derecho a reclamar el precio o el valor de lo ejecutado o entregado en beneficio de la Administración, en la medida que los trabajos ejecutados por la contratista fueron ordenados por la

²⁰⁸ CSJN, Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos:329:5976 (27/12/2006).

²⁰⁹ CSJN, Síper Aviación S.A. c/ Provincia de Catamarca s/cobro de pesos, Fallos:325:151 (13/5/2008).

²¹⁰ CSJN, Sciammarella Romeo c/ Estado Nacional - Ministerio de Educación s/ proceso de conocimiento, Fallos: 332:1651 (4/8/2009).

Administración y le reportaron a ésta un beneficio, cuyas prestaciones fueron reconocidas. Finalmente, la Corte resuelve el recurso de queja presentado por la demandada, con la aplicación del art. 280 del CPCC.²¹¹

En este fallo parte de la doctrina²¹² considera que la Corte cede respecto a la exigencia de la prueba (demostración del beneficio y del empobrecimiento recíproco de las partes), resultando suficiente la acreditación de los trabajos realizados por el contratista, a pedido de la administración, generándole un beneficio a su favor. La Procuradora Fiscal ante la Corte realiza una interpretación teniendo en cuenta los requisitos necesarios descriptos en el punto 3.3. del presente capítulo.

El caso Ingeniería y Asistencia Técnica Argentina S.A. (IATASA) c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires,²¹³ se fundó en el dictamen de la Procuradora Fiscal Laura Monti,²¹⁴ que había considerado que los trabajos no eran, realmente, adicionales, sino que por su envergadura eran un nuevo proyecto, que, como tal, debían generar una nueva orden de compra. Repitió la doctrina de la Corte sobre la existencia y prueba de los contratos administrativos, y en especial sostuvo que correspondía remitirse a la doctrina de Fallos: 323:3924, “Ingeniería Omega”. Finalmente, la Corte resuelve el recurso de queja presentado por la demandada, con la aplicación del art. 280 del CPCC.²¹⁵

En el fallo Lix Klett S.A.C.I.C. c/ Biblioteca Nacional, la empresa no había demostrado la prestación de los servicios de mantenimiento a equipos de aire acondicionado, en la Biblioteca Nacional. La existencia del contrato verbal no fue probada por la empresa. La Corte sostuvo que no es posible hacer lugar a una acción

²¹¹ CSJN, CASE S.A.C.I.F.I.E. c/ GCBA s/ recurso de hecho, Fallos:333:1922 (5/10/2010).

²¹² Cfr. COVIELLO, Pedro J.J., “El Enriquecimiento ...”, p. 236.

²¹³ CSJN, Ingeniería y Asistencia Técnica Argentina S.A. (IATASA) c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 19/10/2010.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4811&cache=1535939299670>

²¹⁴Dictamen Procuradora Fiscal: Ingeniería y Asistencia Técnica Argentina S.A. (IATASA) c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. 12/03/2008.

https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2008/monti/ingenieria_y_asistencia_tecnica_i_44_1_xlii.pdf

²¹⁵ CSJN, Ingeniería y Asistencia Técnica Argentina S.A. (IATASA) c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 28/11/2013.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=706900&cache=1535924996518>

basada en acuerdos verbales cuando los contratos administrativos debían ser celebrados con las formalidades exigidas por el derecho administrativo local.²¹⁶

Por último, en el reciente fallo “Estado Nacional c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”, la Nación demanda a la Provincia por el cobro de los servicios de policía adicional, realizados por la Prefectura Naval Argentina, en dos predios de la Provincia, que se hallaban en estado de abandono y en riesgo de ser ocupados por intrusos. El servicio fue requerido, con carácter urgente, por nota emitida por la Delegación Portuaria Olivos del Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires. La Corte afirma que la omisión de formas esenciales para la celebración del contrato, conducen a dilucidar la inexistencia de éste. En tal sentido, el Tribunal ha sostenido reiteradamente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. La Corte hace lugar a la demanda, condenando a la Provincia de Buenos Aires a pagar al Estado Nacional por los servicios realizados.²¹⁷

Este reciente fallo, tiene gran relevancia en virtud que fue dictado con la nueva conformación de los miembros de la Corte. Creemos que aporta luz sobre la postura a seguir en relación al elemento forma en los contratos administrativos, continuando con la casuística sobre la existencia y prueba de los contratos, que venía sosteniendo la Corte, en cuanto la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. .

3.4. Jurisprudencia de otros Tribunales.

3.4.1. Fallo reciente de la Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala I.

Por otro lado, a fin de poder tener una aproximación más acabada sobre los lineamientos seguidos por la Jurisprudencia de los tribunales del fuero Contencioso Administrativo, hacemos referencia a un fallo reciente. Así, la Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala I, en el caso “Marcos Martini S.A c/AFIP DGA s/contrato administrativo”, resolvió admitir la demanda con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, en hechos tales como los precios efectivamente pagados por el proveedor para adquirir los productos revendidos, o los costos que tuvo en el

²¹⁶ CSJN, Lix Klett S.A.C.I.C. c/ Biblioteca Nacional, Fallos: 326:2581 (31/7/2012).

²¹⁷ CSJN, Estado Nacional c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos, Fallos:340:1570 (9/11/2017)

cumplimiento de la prestación, no comprendiendo la ganancia facturada por el contratista (Fallos: 323:3924, 329:5976). En relación a la validez del contrato afirma que cuando la normativa aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. Respecto de la prueba se afirma que la actora logró acreditar la prestación del servicio facturado y demostró la destrucción de las mercaderías por documentos intervenidos por guardas aduaneros.²¹⁸

3.4.2. La Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de CABA.

En el Caso “Editorial La Página SA c/ GCBA y otros s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido”, el TSJ resuelve rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por la actora, al no haberse cumplido con las formalidades exigidas en la ley, siendo requisito esencial de validez del acto, ni planteado el empobrecimiento al incoarse la demanda y tampoco acreditado por el actor. El fallo, en este punto, se ajusta a la jurisprudencia de la CSJN en el conocido precedente “Ingeniería Omega”, sin que se hayan aportado argumentos de peso que permitan apartarse de él.²¹⁹

En el caso “Praxair Argentina SRL c/ GCBA s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido”, la actora inició demanda contra la CABA por cobro de pesos por la falta de pago de la provisión de gases medicinales a distintos hospitales de la Ciudad. El Tribunal rechazó el recurso interpuesto por la actora, resultando inadmisibles el reclamo sobre la base del enriquecimiento sin causa de la Administración, pues el actor debe demandar con fundamento en esa causal de reparación y probar que efectuó prestaciones útiles y la cuantía de su empobrecimiento. El actor tampoco demandó, ni aun subsidiariamente, por enriquecimiento sin causa, ni acreditó la existencia del contrato.²²⁰

En el caso “Peña, Walter s/ queja” por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Peña, Walter c/ GCBA s/cobro de pesos”, se demanda al Gobierno de la Ciudad, por cobro de la suma de pesos en concepto de servicios de puesta en escena, actuación, coordinación general, vestuario y producción de video, prestados al Teatro Colón. La Cámara hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y revocó la sentencia de primera instancia. El TSJ hizo lugar al recurso planteado por la actora

²¹⁸ Cam. Cont. Adm. Fed.- Sala I, “Marcos Martini S.A c/AFIP DGA s/contrato administrativo”, Causa n° 27.152/2001, (14/3/2017).

²¹⁹ TSJ de la CABA, “Editorial La Página SA c/ GCBA y otros s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido” (30/11/2016).

²²⁰ TSJ de la CABA, “Praxair Argentina SRL c/ GCBA s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido” (20/12/2016).

reconociendo la recepción, la teoría del enriquecimiento sin causa, verificándose en autos todos los recaudos para la procedencia del instituto.²²¹

3.4.3. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires.

En el caso "Cooperativa Integral de Provisión de Servicios Públicos de González Catán contra Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa", la actora presenta demanda contra la Municipalidad por cobro de pesos por la ejecución de obras de pavimentación, a través de convenios firmados con el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia, la Dirección de Vialidad provincial y la Unidad de Generación de Empleo. La SCJBA hace lugar a la demanda, afirmando que más allá del carácter irregular de la vinculación jurídica que unió a las partes (ausencia de contrato), ante la evidencia consumada de la realización de una obra pública que benefició concretamente a la ciudadanía de la comuna y a la propia demandada. La doctrina de este Tribunal ha expresado que la declaración de legítimo abono es asimilable a la conformación de la factura, cuando existe contrato entre las partes. Asimismo sostiene que se verifica el cumplimiento de la doctrina de esta Suprema Corte, que establece para que una prestación, cumplida al margen de los procedimientos vigentes para las contrataciones administrativas, pueda ser tratada en tales términos, resulta indispensable que se encuentre plenamente acreditada la recepción por parte de la Administración a quien se indica como comitente de los servicios que se dicen haber prestado a su solicitud.²²²

En el caso "Astilleros Alfa Centauro S.A contra Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa", la SCJBA condena a la Provincia al pago de una indemnización equivalente al 70% de los montos expresados en las facturas reclamadas en autos, teniendo en cuenta que no cuadra reconocerle a la actora rubros que no impliquen un efectivo empobrecimiento patrimonial. La Suprema Corte ha sostenido, en reiteradas oportunidades, que la sujeción de la Administración al principio de legalidad impone a sus órganos y entidades un obrar consistente con el ordenamiento jurídico. De allí que se haya supeditado la validez de los contratos administrativos al cumplimiento estricto de los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.²²³

²²¹TSJ de la CABA, "Peña, Walter s/ queja" por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Peña, Walter c/ GCBA s/cobro de pesos" (14/3/2012).

²²²SCBA, Cooperativa Integral de Provisión de Servicios Públicos de González Catán contra Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa", (20/12/2017).

²²³SCBA, "Astilleros Alfa Centauro S.A contra Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa"(30/5/2012).

En el caso "La Jirafa Azul S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud)", la Suprema Corte rechaza la demanda interpuesta, ya que no merece acoger un reclamo fundado en la invocada violación de obligaciones, que derivarían de un contrato público que no ha sido celebrado como tal por haberse prescindido de las formalidades establecidas por el régimen aplicable para su legítima conformación. Conclusión que armoniza con los principios de la Convención Interamericana contra la Corrupción, celebrada por la Organización de los Estados Americanos e incorporada por ley 24.759, que entre otros criterios, ordena asegurar la publicidad y la eficiencia de los sistemas que regulan la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado.²²⁴

3.4.4. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Finalmente citamos algunos de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación en relación al instituto del enriquecimiento sin causa a fin de poder observar el criterio que ha mantenido al respecto:

Así mediante Dictamen: 241:115 del 18 de abril de 2002, ha sostenido que respecto al contrato que eventualmente pudo haber mediado resultaría nulo por incumplimiento de las formalidades exigidas para su validez, por lo que el eventual crédito de quien prestó el servicio no surgiría directamente de él, pues ello importaría atribuir eficacia a un acto radicalmente nulo.²²⁵

A través del Dictamen: 247:038 del 9 de octubre de 2003, continuó afirmando que el crédito reconocido no surge del eventual contrato que haya vinculado a las partes, cuya nulidad por inobservancia de las formalidades exigidas para su validez sino una situación de enriquecimiento sin causa que generó una obligación de restitución con el fin de restablecer el equilibrio entre los patrimonios afectados.²²⁶

Por Dictamen: 265:638 del 22 de mayo de 2008, ha afirmado que la contratación de que se trata, por haberse violado las normas sustanciales del procedimiento de contratación, está viciada de nulidad absoluta. Sin embargo no puede desconocerse el efectivo cumplimiento de la prestación por parte de la empresa Servicios de Buceo S.A. y su aceptación de conformidad por parte de la Prefectura Naval Argentina, sosteniendo que resulta pertinente el reconocimiento de legítimo abono por aplicación del instituto del enriquecimiento sin causa, adicionando que se encuentran reunidos los presupuestos necesarios para la procedencia de la *actio in rem verso*: enriquecimiento de una parte,

²²⁴ SCBA, "La Jirafa Azul S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud)", (23/11/2016).

²²⁵ Dictamen: 241:115 del 18 de abril de 2002

²²⁶ Dictamen: 247:038 del 9 de octubre de 2003

empobrecimiento de la otra, relación de causalidad entre ambos, ausencia de causa justificante y carencia de otra acción para solucionar el perjuicio.²²⁷

A su vez mediante Dictamen: 280:107 del 2 de febrero 2012, la Procuración del Tesoro sostuvo que es necesario que quien reclama presente los estudios técnicos que establezcan la medida de dicho empobrecimiento, es decir restando de las sumas reclamadas el margen de beneficio que contenga para, sobre esa base, establecer el monto que finalmente deberá abonar el INCUCAI. Continúa afirmando que aun cuando puedan eventualmente resultar aplicables los principios del enriquecimiento sin causa, debe tenerse presente que en ese marco el crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento.²²⁸

Finalmente, a través del Dictamen: 285:156 del 17 de mayo de 2013, reiteró esa opinión, manifestando que el área técnica con competencia específica deberá acreditar que los servicios han sido cumplidos y recibidos, es decir, que la empresa ha realizado la prestación y la Administración certificado la misma. También se expidió en relación al límite de la acción de restitución, afirmando el deber de la actora de presentar los estudios técnicos pertinentes a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende.²²⁹

3.4.5 Un fallo reciente en la Jurisprudencia Civil.

En la causa “Comisión Nacional de Energía Atómica c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ cobro de pesos”, si bien la CSJN hace uso de la aplicación del art. 280 del CPCC a la queja deducida por la parte demandada, la Cámara declara inadmisibles el recurso extraordinario interpuesto por la demandada contra la sentencia de dicha instancia confirmando la sentencia apelada y modificando sólo la tasa de interés aplicable. Se reconoce el reclamo efectuado en base al enriquecimiento sin causa al encontrarse acreditados los presupuestos necesarios para su procedencia, admitiendo la acción in rem verso a fin de restituir el equilibrio entre el patrimonio del enriquecido y del empobrecido (de conformidad con Fallos: 310:2278; 323:3924 y 326:2457).²³⁰

La Comisión Nacional de Energía Atómica demanda por cobro de pesos, en concepto de provisión de material radiactivo, abasteciendo a hospitales dependientes del municipio. Por su parte el GCBA contesta demanda rechazando la misma y reconviene

²²⁷ PTN Dictamen: 265:638 del 22 de mayo de 2008.

²²⁸ PTN Dictamen: 280:107 del 2 de febrero 2012.

²²⁹ PTN Dictamen: 285:156 del 17 de mayo de 2013.

²³⁰ Cfr. CSJN, “Comisión Nacional de Energía Atómica c/ Gob. de la Ciudad de Bs As s/ cobro de pesos”, 22/08/2017.

por nulidad, concluyendo que no hubo convenio entre las partes. Posteriormente la accionada contesta la reconvencción e insta a la aplicación del principio que veda el enriquecimiento sin causa. El juez de primera instancia condena al GCBA a pagarle a la CNEA fundándose en el enriquecimiento sin causa.²³¹ La parte demanda apela dicho pronunciamiento, manifestando que se ha visto vulnerado su derecho de defensa y el principio de congruencia, por entender que de oficio se ha introducido el instituto del enriquecimiento sin causa puesto que no había sido invocado en el escrito de inicio.

En relación a ello la Cámara resolvió que, no puede ser considerada como una solución judicial de oficio, con base en que la sentencia objeto de recurso encuentra su fundamento en una institución que ha sido invocada oportunamente, como defensa por la parte actora al contestar la reconvencción, para obstaculizar el progreso de la pretensión de su contraparte, siendo en este caso la demandada reconviniente y, como tal, integra el “*thema decidendum*” sometido a decisión, resolviéndose en una sentencia única.²³²

En relación al principio de subsidiariedad, se afirma que la figura del enriquecimiento sin causa posee carácter residual o subsidiario, pues sólo procede en tanto no exista otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido. Tal solución se encuentra sintetizada de manera positiva en nuestra legislación a partir de la entrada en vigor del nuevo CCyC en el artículo 1795.

Posteriormente el GCBA interpone recurso extraordinario por sentencia arbitraria, y la Cámara lo declara inadmisibile, con costas.²³³ Y como ya se manifestó anteriormente, la CSJN resuelve por aplicación del art. 280 del CPCC a la queja deducida por la parte demandada.²³⁴

²³¹Cfr. Juzg. Civil y Com. Fed. N° 7, “Comisión Nacional de Energía Atómica c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ cobro de sumas de dinero”, Causa N° 6716/2000, 2/12/2014.

²³² Cfr. Cam. Civil y Com. Fed., Sala I, “Comisión Nacional de Energía Atómica c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ cobro de pesos”, considerando 5º, causa 6716/200/CA4 –S.I., 24/11/2015.

²³³ Ibidem.

²³⁴ Cfr. CSJN, “Comisión Nacional de Energía Atómica”, 22/08/2017, cit.

Capítulo 4. Complementariedad e integración del principio de enriquecimiento sin causa con los principios de legalidad, de razonabilidad en la gestión de los contratos administrativos y de buena administración, en el marco de las contrataciones administrativas.

4.1. Consideraciones previas.

Los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste a su aplicación al caso en concreto. Los principios carecen de supuestos de hecho, los que deben ser cubiertos por los legisladores, o jueces, integrando el derecho positivo a través de su incorporación a la Constitución, a la ley o mediante su recepción generalizada por vía de la jurisprudencia.²³⁵

Dentro de este contexto, los principios generales del derecho cumplen distintas funciones, relativas a su esencia, a su valor preceptivo o a su propio alcance, que deben articularse entre sí, para dilucidar el sentido de una norma o dar la razón de ella y hasta para integrar nuevas formulaciones jurídicas,²³⁶ todo ello bajo la premisa de la prohibición de arbitrariedades y en la búsqueda de una interpretación orientada hacia la solución que proteja en mayor medida el interés común.²³⁷

4.2. Principio de legalidad.

Conforme el principio de legalidad imperante en nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, toda actuación administrativa debe fundarse en ley material, ley formal, reglamentos administrativos, ordenanzas, etc., es decir, conforme al bloque de legalidad, que juega como garantía a favor del interés general.²³⁸

Una de las características del Estado Social y Democrático de Derecho es garantizar no sólo el cumplimiento de la ley y el ejercicio limitado de poder, sino el respeto absoluto de los derechos fundamentales. Por ello, el pilar fundamental de este Estado moderno es el principio de legalidad, teniendo como propósito fundamental, dar

²³⁵ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “El Neoconstitucionalismo y su proyección al acto administrativo”, Thompson Reuters, publicado en RDA 2013-87. 01/05/2013, 757. Cita online: AP/DOC/543/2013, pp.5-7.

²³⁶ Cfr. LICO, Miguel A., op. cit.

²³⁷ Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El principio...*, pp.33-61.

²³⁸ Cfr. ÁLVAREZ, Sebastián, “Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, RAP (382), Sección Doctrina, pp. 53-57.

certeza, seguridad y previsibilidad al administrado, respetando sus derechos fundamentales. Así, el esquema de la institucionalidad conforme el principio de legalidad, consiste no solo en el cumplimiento del ordenamiento jurídico sino también en la obligación estatal de crear las condiciones necesarias que tiendan a garantizar el interés público.²³⁹

El Estado siempre estará sujeto a la legalidad, sin importar si actúa en el campo del derecho público o del derecho privado. Así, una conducta que pudiera parecer indiferente al derecho privado, no lo será al derecho público, en atención a que actúa en miras del interés general.²⁴⁰

En lo que a este análisis interesa, Farrando señala que, en relación al principio de legalidad en materia de contratos administrativos, la Corte ha analizado la aplicación del mismo sosteniendo en reiteradas oportunidades, que la validez y eficacia de los contratos se supeditan al cumplimiento de las formalidades y procedimientos de contratación exigidas por las disposiciones legales pertinentes.²⁴¹ Entendemos que este principio se encuentra ya consolidado en la doctrina tradicional de la Corte, en cuanto a la necesidad que la Administración realice los contratos administrativos, de conformidad con los procedimientos de selección reglados. De esta manera, cuando la legislación aplicable exige una forma específica para llevar a cabo un contrato en particular, ella debe ser respetada porque se trata de un requisito esencial.²⁴²

En este sentido el principio de legalidad, constituye la obligación de actuar, al momento de celebrar y pactar las reglas de los contratos públicos, con plena sujeción al ordenamiento jurídico. Así, la contratación pública es una consecuencia del ejercicio de una potestad pública determinada por el ordenamiento jurídico, encontrándose la Administración sometida a su cumplimiento. En síntesis, las potestades y prerrogativas de la Administración en la ejecución contractual deben regirse específicamente de acuerdo a la ley.²⁴³

²³⁹ Cfr. AGUILAR GUERRA, Vladimir Oscar, p. 20.

²⁴⁰ Cfr. COVIELLO, Pedro J. J., “¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales.”

<http://escuela.asesoria.gba.gov.ar/documentos/105/La%20actualidad%20juru00EDdica%20de%20los%20contratos%20administrativos%20%20Coviello.doc>, disponible el 15/V/2018.

²⁴¹ Fallos:308:618; 316:382; 323:1515 y 323:3924.

²⁴² Cfr. FARRANDO, Ismael, “Licitación Pública...”, pp. 210-217.

²⁴³ Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón, “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú”, en

Del modo expuesto, no es dispensable para la Administración cumplir o no con la norma, es un imperativo que delimita el curso de su accionar, fundamentalmente por imperio del principio de legalidad. Así, el procedimiento de licitación pública dentro de un contrato administrativo, no consiste en una mera formalidad, ya que intenta (por medio de la concurrencia y competencia entre los oferentes, a través de un trato igualitario), el debido uso de los recursos públicos, a fin de satisfacer las necesidades objeto de la contratación.²⁴⁴

La administración al seleccionar a sus contratistas lo hace según un procedimiento preestablecido en las leyes y reglamentos administrativos. Como ya hemos manifestado, se ha construido un principio de interpretación conforme al cual los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por las normas pertinentes.²⁴⁵

En lo que refiere al contrato administrativo en el orden nacional se ha adoptado como regla general la licitación pública o concurso público, pudiendo afirmar que los bienes y servicios serán adquiridos mediante reglas de competencia a menos que existan razones fundadas y convincentes para adoptar una solución en contrario. Esta tesis encuentra apoyo en el principio de igualdad proclamado en los artículos 16 y 75 inciso 23 de la CN, como así también en el artículo 42 de la Carta Magna, en donde dispone que el estado debe proveer a la defensa de la competencia contra la forma de distorsión de los mercados. Así, los procedimientos de licitación pública o similares permiten lograr una mayor transparencia en las decisiones de la Administración, al haber más de un interesado en que la Administración observe la legalidad y adjudique a la oferta más conveniente, es decir, el deber por parte del Estado de observar y cumplir lo establecido por las normas en todo lo que hace a la gestión de las contrataciones a fin de garantizar los principios de promoción de la concurrencia, de la competencia de los oferentes, eficacia, publicidad, difusión, transparencia, etc..²⁴⁶

Con lo cual concluimos que ante situaciones en donde no existe contrato que vincule a las partes, o cuando éste ha sido celebrado irregularmente, por ejemplo cuando se incumple el procedimiento de selección del contratista de conformidad con lo dispuesto

CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado General de los Contratos públicos*, T. III, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, pp. 777-780.

²⁴⁴ Cfr. FERNÁNDEZ, Bettina, p. 2.

²⁴⁵ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios...*, p. 396.

²⁴⁶ Idem, pp. 398-400.

en el ordenamiento jurídico,²⁴⁷ la procedencia del principio de enriquecimiento sin causa, deberá ser restrictiva conforme a los presupuestos necesarios para la admisión de su acción restitutoria. La Corte ha sido clara al sostener que la actuación de la Administración en las contrataciones administrativas, al igual que en el resto de actividades que desarrolla, se halla sujeta al principio de legalidad, sometiendo la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso. En consecuencia lleva implícito un criterio específico sobre la necesidad de cumplir con las formas y los antecedentes del contrato, fundamentalmente, en el cumplimiento de las normas que están en juego en dicho contrato específicamente.²⁴⁸

4.3. Principio de razonabilidad en la gestión de los contratos administrativos.

El principio de razonabilidad rige todas las etapas del contrato administrativo, desde su gestación, desarrollo hasta su extinción, procurando que el objeto del contrato sea adecuado a las necesidades del interés público.²⁴⁹

La razonabilidad como principio de la gestión de las contrataciones encuentra su fundamentación en el artículo 28 de la Constitución Nacional.²⁵⁰ Asimismo el principio de razonabilidad en materia de contrataciones está consagrado en el artículo 3 inciso a) del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Decreto N° 1.023/01. En este mismo sentido, la Ley N° 19.549 en el artículo 7 inciso f) establece que las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad de interés público, aplicando tal principio a los contratos que celebre el Sector Público Nacional.

²⁴⁷ Parte de la doctrina afirma que no corresponde desarrollar la actividad contractual sin observar, como regla, un procedimiento de selección público y reglado mediante sus distintas especies. En este contexto señala dos supuestos en los que no se debería recurrir al enriquecimiento sin causa a través de la figura del legítimo abono, ya que el contrato sería válido. Por un lado, en los contratos celebrados en el marco de una situación de emergencia extraordinaria y por probadas razones de emergencia se acredita que responden a situaciones objetivas que permitirían la contratación directa. Por otro la continuación de un contrato vencido en los términos y condiciones originales. Muchas veces las contrataciones fracasan o son declaradas desiertos o no se advierte con la antelación suficiente el agotamiento del stock o vencimiento contrato alquiler, etc. Dichas situaciones en la práctica administrativa suelen solucionarse mediante el mecanismo de legítimo abono. Parte de la doctrina entiende que la continuidad del vínculo una vez expirado el plazo del contrato y de sus prórrogas podría encontrar fundamento en la aplicación analógica del artículo 1218 del Código Civil y Comercial. La práctica administrativa suele calificar estos casos de legítimo abono y en rigor no debería, ya que el pago encontraría su causa justificante en el contrato original y su continuidad amparada por la doctrina que emerge del artículo 1218 del Código Civil y Comercial. (Cfr. MARCHETTI, Luciano, op. cit.)

²⁴⁸ Cfr. FARRANDO, Ismael, “Licitación ...”, pp. 210-217.

²⁴⁹ Cfr. DURÁN MARTINEZ, Augusto, Principios de la contratación administrativa”, Publicado en RDA 2013-85, 01/02/2013, 137, CITA ON-LINE: ap/doc/4931/2012.

²⁵⁰ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes ...*, pp. 400-401.

También la Ley N° 25.188 de Ética en el ejercicio de la función pública, menciona la razonabilidad como principio contractual, estableciendo en su artículo 2 inciso h) la obligación de los funcionarios públicos de observar la razonabilidad en los procedimientos de contratación administrativa.

El principio de razonabilidad deberá tenerse presente a fin de permitir alcanzar el objetivo tenido en cuenta en la celebración del contrato. Así desde el inicio de la contratación hasta su ejecución toda cuestión vinculada con la contratación deberá ajustarse sobre la base del principio de razonabilidad para poder cumplir así con su finalidad, siendo que está involucrado el interés público.²⁵¹

Cuando se proceda a la aplicación del presente principio, a la hora de evaluar la razonabilidad de un procedimiento contractual, deberá considerarse que éste contiene tres componentes o sub-principios que deben estar presentes: el de adecuación, el de necesidad y el de razonabilidad en sentido estricto.²⁵²

El componente adecuación implica la idoneidad del medio elegido para el cumplimiento del fin buscado,²⁵³ es decir, que las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad del interés público perseguido. También se puede identificar con la eficacia de la decisión adoptada, luego de la comparación entre medios y fines, eligiendo el medio que permita alcanzar el fin a menor costo. Es decir este sub-principio refiere a la idea de eficacia si piensa en la obtención de un fin, en una decisión que sirve al propósito para el cual estaba dirigida.²⁵⁴

El sub-principio de necesidad refiere a la elección entre los medios más idóneos para el logro del fin que procura. Se realizará a través de un juicio de comparación entre

²⁵¹ Cfr. FANELLI EVANS, María Agustina, “Mitos y verdades sobre el Principio de Razonabilidad”, en *Derechos, Garantías y Potestades en los contratos públicos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, 1ª ed., RAP, CABA, 2014, pp. 384-385.

²⁵² Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El principio...*, pp.33-61. En adición a ello, Barnes Javier advierte que la proporcionalidad reside en la necesidad de restringir y legitimar la acción estatal por el fin al que sirve, que es, por lo demás, el que determinará el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse. Asimismo manifiesta que la acción estatal debe ser útil, necesaria y proporcionada, exigiendo un juicio diverso en su aplicación; así el medio ha de ser idóneo en relación con el fin; necesario (el más moderado) respecto de todos los medios útiles, y proporcionada la ecuación costos-beneficios. (BARNES Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, Dialnet, Revista de Administración Pública N°135, Septiembre-Diciembre 1994.)

²⁵³ Cfr. FANELLI EVANS, María Agustina, pp. 383-391.

²⁵⁴ Cfr. NIELSEN, Federico, “La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa”, en *Cuestiones de contratos administrativos* Jornadas de la Austral, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2007, p. 567.

el medio escogido y los otros medios hipotéticos que eventualmente habrían podido seleccionar. Resultando en la elección, el medio menos gravoso. Este sub-principio permite ser un medio para lograr la mejor medida posible para el caso concreto.²⁵⁵

Finalmente, el componente de razonabilidad en sentido estricto implica que una vez establecida la adecuación y la necesidad de la medida, se debe determinar si ésta es razonable *stricto sensu*, es decir, permite dilucidar si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Sería una consideración entre costos y beneficios introduciendo un análisis vinculado con la eficiencia de la decisión. En síntesis una decisión será razonable si es la más adecuada para alcanzar el fin buscado y además supone un coste proporcionado con los beneficios que se pretende obtener.²⁵⁶

Concluimos que, a través del principio de razonabilidad, la Administración pública al iniciar las gestiones necesarias para llevar a cabo un contrato administrativo, deberá adoptar la medida más adecuada implementando los sub-principios de adecuación, necesidad y razonabilidad *stricto sensu*, en cada actuación lo que sin dudas contribuirá a la obtención de óptimos resultados en la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración Pública.²⁵⁷

En consecuencia, volvemos a observar en lo cuidadoso que debemos ser al evaluar la procedencia del enriquecimiento sin causa. En cada caso en particular se deberá observar si se cumple con todos los presupuestos y requisitos exigidos para su procedencia en el ámbito contractual administrativo, pues de lo contrario puede suponer el admitir la absoluta discrecionalidad de la administración pública en su actuación patrimonial, y la legitimidad de cualquier funcionario para actuar en nombre de la administración, así como la indefensión de la Administración Pública frente a comportamientos abusivos o fraudulentos de los particulares.²⁵⁸

En síntesis, podemos concluir que los principios generales del derecho, y en este caso en particular el principio de razonabilidad en la gestión de los contratos administrativos surgieron con el propósito de limitar el poder del Estado e indicarle a la

²⁵⁵ Idem p. 568

²⁵⁶ Idem, p.569.

²⁵⁷ Ibidem. En adición a ello, Nielsen afirma que la razonabilidad como principio lleva ínsito que se trata de un concepto jurídico indeterminado, es decir, que se parte de un concepto amplio cuyo significado preciso se determinará en cada caso en concreto. (Ver NIELSEN, Federico, idem, p.567.)

²⁵⁸ Cfr. MONTI, Laura, p. 158.

Administración Pública lo que no puede hacer, a fin de impedir los abusos públicos,²⁵⁹ debiendo tener como propósito fundamental, dar certeza, seguridad y previsibilidad al administrado, respetando sus derechos fundamentales y teniendo la obligación estatal de crear las condiciones necesarias para asegurar al acceso a la información pública, la participación en la elaboración de los reglamentos, protección de los derechos de los consumidores y usuario de servicios públicos.²⁶⁰ Entonces como ya hemos manifestado el reconocimiento del enriquecimiento sin causa no puede ser laxo, poroso ni flexible, y su procedencia debe ser objeto de un desarrollo y profundización serio en cada caso en particular.²⁶¹

4.4. El principio de buena administración.

El principio de buena administración es reconocido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el artículo 46 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación a la Administración Pública, la cual fue aprobada por el Consejo Directivo del CLAD, como ya lo mencionamos anteriormente.²⁶² Lo novedoso de este precepto es que introduce el reconocimiento de nuevos derechos subjetivos a favor de los ciudadanos, como contrapartida del deber de la Administración, de llevar a cabo los asuntos en forma imparcial y equitativa, dentro de un plazo razonable. El incumplimiento de esos deberes por parte de la Administración podría generar derechos exigibles por los ciudadanos ante el poder judicial.²⁶³

De esta manera creemos que hacer efectivo el derecho de los administrados a la buena administración y el correlativo sometimiento de la Administración y de los agentes y funcionarios públicos al ordenamiento jurídico, únicamente será posible en la medida que se genere una reglamentación específica y concreta, a fin de hacer efectivo el

²⁵⁹ Cfr. CIANCIARDO, Juan – SACRISTÁN, Estela B., El caso “Avico” y sus ecos, ochenta años después”, Thomson Reuters, Publicado en LA LEY 28/04/2014,1 –LALEY2014-C,635., cita Online: AR/DOC/1194/2014.

²⁶⁰ Cfr. AGUILAR GUERRA, Vladimir Oscar, p. 21.

²⁶¹ Cfr. MONTI Laura, p. 158.

²⁶² Cfr. PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad* ..., pp. 214-231.

²⁶³ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Grandes* ..., p.429. Si bien el principio de buena administración no tiene recepción expresa en el ordenamiento jurídico argentino, el CLAD lo ha reconocido. Por otro lado, la gran mayoría de las nociones que integran este principio, sí tienen recepción constitucional, legal o reglamentaria en nuestro derecho. Resulta alentador observar esta nueva categoría de principio porque entendemos que se puede plasmar en un ejercicio útil para mejorar o completar el abanico de derechos y garantías existentes. (Cfr. CORVALÁN, Juan Gustavo, “¿Qué es el derecho a la “buena administración?””, DPI Cuántico Revista Digital. http://www.dpicuántico.com/wp-content/uploads/2014/12/administrativo_doctrina2014-12-02-2.pdf)

cumplimiento de los deberes impuestos a cada uno de conformidad con el principio de buena administración.²⁶⁴

En este contexto los administrados tienen derecho a determinadas exigencias en el cumplimiento de la actividad del Estado. Y a su vez, la administración está obligada en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por el servicio objetivo al interés general.²⁶⁵

Por otro lado, consideramos que debemos hacer referencia a la excesiva cantidad de incumplimientos en materia de contratos administrativos, que resultan contrarios al principio de buena administración. En este sentido afirma Ivanega que:

“Si los procedimientos de selección del contratista instaurados legalmente atentan contra la eficiencia de la gestión pública e impiden satisfacer las necesidades públicas en tiempo oportuno, como señalan algunos funcionarios públicos, lo correcto es cambiar las normas para adecuarlas a la realidad imperante, no violentar de manera flagrante el sistema instituido por ellas.”²⁶⁶

El principio de administración tiene, sin duda, una innegable proyección sobre los contratos administrativos, como parte de la actividad administrativa. Así la buena administración señala Durán Martínez significa:

“Elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad”.²⁶⁷

La doctrina mayoritaria considera que la garantía aquí custodiada, también representa un derecho a favor del particular, que exige un régimen adecuado para el buen funcionamiento de la Administración y, por ende, el correcto desenvolvimiento de la función administrativa. Recordemos que no puede haber cabal protección de los derechos de los particulares si no existe una Administración eficaz basada en un adecuado procedimiento administrativo.²⁶⁸

En este mismo sentido Ivanega afirma que el procedimiento contractual administrativo es el medio elaborado por el ordenamiento jurídico para garantizar el regular cumplimiento de interés público que justifica la actividad pública, como también

²⁶⁴ Cfr. AGUILAR GUERRA, Vladimir Osmán, p. 21.

²⁶⁵ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, pp. 23-56.

²⁶⁶ IVANEGA, Miriam M., “El principio...”, p. 25.

²⁶⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, op. cit.

²⁶⁸ Cfr. CANOSA, Armando N., “La tutela administrativa efectiva y las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, Publicado en: RDA 2014-91, 01/02/2014, 3, Cita Online: AP/DOC/3009/2013.

para hacer efectivas las garantías que protegen a los derechos e intereses de los ciudadanos, respecto de aquel comportamiento. Por ello la contratación, como una expresión más del actuar jurídico de la Administración, configura el resultado de un procedimiento que se articula mediante diferentes etapas, que al proyectarse sobre la esfera jurídica de los particulares, debe desenvolverse con estricta sujeción a las garantías de igualdad y debido proceso legal.²⁶⁹

Ante el deber de garantizar a los ciudadanos una buena administración, en la búsqueda del equilibrio que debe existir entre las potestades públicas y las garantías individuales, resultaría incongruente, que lo que no se admite al negar la existencia del contrato, se le reconozca luego, mediante la figura del enriquecimiento sin causa, a través de admitir su procedencia con un mínimo análisis. Entendemos que cada caso debe analizarse puntualmente, conforme a las circunstancias de hecho que rodearon a la contratación.²⁷⁰

Desde la realidad es posible la disposición permanente a corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más a fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción pública.²⁷¹ Así, en la medida que el principio de buena administración tenga cada vez más cumplimiento efectivo, y se concrete en la práctica administrativa, evitará la necesidad de recurrir por ejemplo al principio de enriquecimiento sin causa.

Como ya hemos manifestado la procedencia del enriquecimiento sin causa, solamente podría admitirse mediante la realización de un análisis exhaustivo de la situación en particular.

Observamos que se da una gran paradoja en las contrataciones administrativas, ya que por un lado el principio de buena administración se integra y complementa con la totalidad de los principios generales del Derecho administrativo, como el principio de legalidad, de eficacia y eficiencia, de razonabilidad, de igualdad, de seguridad jurídica, de buena fe, de tutela administrativa y judicial efectiva, etc.; principios que permiten ser concretados a través de una serie de derechos subjetivos, que persiguen la armonización y la unidad del sistema jurídico,²⁷² y sin embargo la Administración Pública sigue enredada en casos de legítimo abono.

²⁶⁹ Cfr. IVANEGA, Miriam Mabel, “El Principio ...”, p. 24.

²⁷⁰ Cfr. IVANEGA, Miriam Mabel “Las responsabilidades...”, p.159.

²⁷¹ Cfr. RODRIGUEZ ARANA, Jaime, pp- 23-56.

²⁷² Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes ...*, pp. 430-433.

Conclusiones.

Como corolario de los puntos expuestos a lo largo del presente trabajo, concluimos que:

- El enriquecimiento sin causa como principio general de derecho en el ámbito del contrato administrativo, debe ser entendido y aplicado como un principio de restitución y no de prohibición de los enriquecimientos injustos o sin causa, cuya delimitación está dada en los presupuestos necesarios para su procedencia,²⁷³ teniendo como única consecuencia la obligación restitutoria y la acción para exigirla.²⁷⁴

- El principio de buena fe refuerza la aplicación del enriquecimiento sin causa. Todo ello en virtud de que el contratista que actúa de buena fe hace más patente la injusticia de su empobrecimiento.²⁷⁵ Desconocer este principio como presupuesto de este instituto, podría ser un sustento en el cual ampararse para permitir conductas contrarias al derecho, convirtiéndose en una vía de escape para los contratistas y funcionarios corruptos.²⁷⁶

- Una de las características del Estado Social y Democrático de Derecho es garantizar no sólo el cumplimiento de la ley y el ejercicio limitado de poder, sino el respeto de los derechos fundamentales. Por ello, el pilar fundamental de este Estado es el principio de legalidad, teniendo como eje principal dar certeza, seguridad y previsibilidad al administrado, respetando sus derechos fundamentales.²⁷⁷ En este sentido coincidimos con la profesora Ivanega al concluir que:

“Si los procedimientos de selección del contratista instaurados legalmente atentan contra la eficiencia de la gestión pública e impiden satisfacer las necesidades públicas en tiempo oportuno, como señalan algunos funcionarios públicos, lo correcto es cambiar las normas para adecuarlas a la realidad imperante, no violentar de manera flagrante el sistema instituido por ellas.”²⁷⁸

- El elemento forma, no obedece a un extremo simplemente ritual, sino que responde a cuestiones sustanciales que procura obtener vínculos contractuales que sean oportunos y adecuados al interés público, todo ello en el marco de un Estado Social y Democrático de derecho que pregona los principios generales del derecho como el

²⁷³ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, p. 15.

²⁷⁴ Idem, p. 14.

²⁷⁵ Idem p. 363.

²⁷⁶ Cfr. IVANEGA, Miriam Mabel, “El Principio ...”, pp. 22-25.

²⁷⁷ Cfr. AGUILAR GUERRA, Vladimir Oscar, op. cit.

²⁷⁸ IVANEGA, Miriam M., “El principio ...”, p. 25.

principio de transparencia, de buena administración, de eficiencia, de eficacia, de legalidad, de seguridad jurídica, de buena fe, entre otros.²⁷⁹

- La CSJN en su actual conformación aporta luz sobre el criterio jurisprudencial contenido en las sentencias emitidas por dicho tribunal en relación al elemento forma en los contratos administrativos, permitiéndonos concluir que la casuística de la jurisprudencia de la Corte sobre la existencia y prueba de los contratos administrativos, está consolidada, en el sentido que la validez y eficacia de éstos, se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes.

- El nuevo CCyC ha incorporado al enriquecimiento sin causa como una fuente autónoma de obligaciones. De manera expresa, la *actio in rem verso*, ha quedado contemplada como una acción subsidiaria, que persigue restablecer el equilibrio patrimonial alterado.²⁸⁰ El reclamo permanente de la doctrina y la jurisprudencia en relación a su incorporación en el texto legal ha quedado satisfecho.²⁸¹

- El pago que realiza el Estado como resultado de la *actio in rem verso*, no implicará eludir la responsabilidad de los funcionarios públicos que eventualmente puedan haber intervenido.²⁸² Los funcionarios públicos pueden ser responsabilizados disciplinaria, patrimonial, civil, penal y políticamente cuando los actos que de ellos emanan incumplan las normas que rigen su actuar, siendo su obligación indemnizar los daños que produzcan.²⁸³

- Podemos afirmar que hoy en día en el ámbito de las contrataciones administrativas, ante posibles situaciones de enriquecimiento sin causa, disponemos de herramientas jurídicas que nos permiten tener una protección bifronte, es decir, una protección ex-ante y una protección ex-post. La protección ex-ante, se manifiesta a través de políticas públicas (v.gr., expediente electrónico) que tienden a la aplicación real y concreta en la celebración, ejecución y finalización del contrato, de los principios de transparencia, de ilegalidad, de razonabilidad en la gestión de los contratos administrativos, de eficacia, de eficiencia, de buena administración, etc., a fin de evitar

²⁷⁹ Cfr. FERNÁNDEZ, Bettina, p. 7.

²⁸⁰ Cfr. DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, p.417.

²⁸¹ Cfr. TANZI, Silvia, op. cit., p. 2.

²⁸² Cfr. MONTI, Laura, p. 158. Para más abundamiento ver LAGARDE, Fernando M., pp. 705-724.

²⁸³ Cfr. IVANEGA, Miriam, Mabel, “Las responsabilidades ...”, p.159. Ver también la Convención Interamericana contra la corrupción aprobada por Ley 24759, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por Ley 26097, Convención Internacional contra el soborno Transnacional aprobada por Ley 25319, Ley 25.164 de regulación del empleo público, ley 25188 de ética en la función pública.

los casos de enriquecimiento sin causa. En otro sentido, la protección ex-post, permite a través de reglas claras un desarrollo profundizado a fin de analizar la procedencia de supuestos de enriquecimientos sin causa, al contar con la casuística de la Corte al respecto y al estar contemplado dicho instituto expresamente en el nuevo Código, facilitando en los casos que correspondan, restablecer el desequilibrio patrimonial entre el empobrecido y el enriquecido.

- El enriquecimiento sin causa elude los cauces formales del procedimiento administrativo, por ello los tribunales no pueden limitarse a contrastar la existencia de un enriquecimiento, sino que deben levantar el velo de la relación subyacente y proteger la Administración y los principios generales del derecho.²⁸⁴ En este sentido, coincidimos con el profesor Toller en cuanto a la importancia de la prudencia jurídica. Así, no se podrá recurrir directamente al status abstracto de un derecho, sino que se deberá decidir cada caso en concreto, viendo en cada situación, su contexto normativo y circunstancias particulares, para poder evaluar en cada litigio cuál es la justicia del caso. Concluye afirmando que:

“La complejidad de la vida jurídica no admite otra postura, ésta es, en definitiva la naturaleza de las cosas prácticas que hablaba Aristóteles por lo cual no todas las cosas están determinadas por la ley, (...) y por tanto cuando se plantean deben ser resueltas por medio de un fallo singular.” Continúa afirmando que “como los derechos no son rígidos, el perfil definitivo del derecho en el caso concreto, puede no surgir de la Constitución, ni de la ley, sino que se establecerá en la sentencia a partir de las fuentes escritas, de los datos singulares del problema y de toda una serie de elementos que componen el horizonte hermenéutico del juez (doctrina, jurisprudencia, realidad social, principios generales del derecho, etc.).”²⁸⁵

-Por último concluimos que el enriquecimiento sin causa constituye un remedio jurídico, al cual se recurre de manera excepcional cuando se dan todos los presupuestos necesarios para su procedencia, pero no debería ser un sustento en el cual ampararse para permitir conductas contrarias al derecho, ya que de admitirse en estos casos, sería una herramienta de escape para el contratista o el funcionario que actúo de manera irregular. Entendemos que debe existir una gran preocupación y celo de velar por el buen funcionamiento de la administración y una correcta utilización de los recursos públicos.

²⁸⁴ Cfr. MONTI Laura, p. 158.

²⁸⁵ TOLLER, Fernando, “Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”, en CIANCIARDO, Juan, *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos, Teorías y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, Porrúa S.A., México, 2012, pp. 128-129.

Apéndice de fallos

1. CSJN, Hotel Internacional Iguazú c/ Estado Nacional s/ Recurso de hecho, Fallos: 308:618 (22/4/1986).
2. CSJN, Radeljak Juan C. c/ Administración General de Puertos, Fallos: 311:2831 (27/12/1988).
3. CSJN “J.J. Chediak S.A. c/ Fuerza Aerea Argentina”, Fallos: 319:1681 (27/08/1996).
4. CSJN, Vicente Robles SAMCICIF c/ Estado Nacional /Servicio Nacional de Parques Nacionales s/ nulidad de resoluciones, Fallos: 316: 382 (30/3/1993).
5. CSJN, Más Consultores Empresas S.A. c/ Provincia Santiago del Estero s/cobro de pesos, Fallos: 323:1515 (1/6/2000).
6. CSJN, Servicios Empresarios Wallabies S.R.L. c/Provincia de Salta s/ incumplimiento de contrato, Fallos: 323:1841 (11/7/2000).
7. CSJN, Ingeniería Omega S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 323:3924 (5/12/2000).
8. CSJN, Carl Chung Ching Kao c/ Provincia de La Pampa s/ cobro de pesos, Fallos: 324:3019 (25/9/2001).
9. CSJN, Magnarelli Cesar A. c/ Provincia de Misiones s/ cobro de pesos, Fallos: 326:1280 (10/04/2003).
10. CSJN, Laser Disc Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza s/ cobro de pesos, Fallos:326:3206 (1/9/2003).
11. CSJN, Indicom S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ cobro de pesos, Fallos: 327:84 (10/2/2004).
12. CSJN, Punte, Roberto A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/ cumplimiento de contrato, Fallos:330:3444 (21/3/2006).
13. CSJN, Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 329:5976 (27/12/2006).
14. CSJN, Síper Aviación S.A. c/ Provincia de Catamarca s/cobro de pesos, Fallos:325:151 (13/5/2008).
15. CSJN, Sciammarella Romeo c/ Estado Nacional - Ministerio de Educación s/ proceso de conocimiento, Fallos: 332:1651 (4/8/2009).
16. CSJN, CASE S.A.C.I.F.I.E. c/ GCBA s/ recurso de hecho, Fallos:333:1922 (5/10/2010).
17. CSJN, Lix Klett S.A.C.I.C. c/ Biblioteca Nacional, Fallos: 326:2581 (31/7/2012).
18. CSJN, Estado Nacional c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos, Fallos:340:1570 (9/11/2017)
19. CSJN, Comisión Nacional de Energía Atómica c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ cobro de pesos, (22/08/2017).
20. Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala I, en la Causa n° 27.152/2001, Marcos Martini S.A c/AFIP DGA s/contrato administrativo (14/3/2017).
21. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial La Página SA c/ GCBA y otros s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido (30/11/2016).

22. TSJ, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Praxair Argentina SRL c/ GCBA s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido” (20/12/2016).
23. TSJ, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Peña, Walter c/ GCBA s/cobro de pesos (14/3/2012).
24. SCBA, “Cooperativa Integral de Provisión de Servicios Públicos de González Catán c/ Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa”, (20/12/2017).
25. SCBA, “Astilleros Alfa Centauro S.A c/ Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (30/5/2012).
26. SCBA, “La Jirafa Azul S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud)”, (23/11/2016).
27. PTN, Dictamen: 241:115 del 18 de abril de 2002.
28. PTN, Dictamen: 247:038 del 9 de octubre de 2003.
29. PTN, Dictamen: 280:107 del 2 de febrero 2012.
30. PTN, Dictamen: 285:156 del 17 de mayo de 2013.
31. DICTAMEN PROCURADORA FISCAL ANTE LA CSJN, DRA. MONTI, Laura, “CASE SACIFIE C/Gobierno de la Ciudad De Buenos Aires” S.C. C. 482, L. XLIII.
32. CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. “Linser SACIS c/ Gobierno de la Cdad. de Buenos Aires. s/ Cobro de pesos”, 19/7/2002.
33. CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y ELECTORAL PODER JUDICIAL DE CORRIENTES, “Productoras Ideas del Norte S.R.L. y otros c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes s/ acción Contenciosa Administrativa”, Expediente n° 210/10
34. CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N°1- PARANÁ, ENTRE RÍOS, “Panedile Argentina S.A.I.C.F.I. v. Agua y Energía Eléctrica Soc. del Estado”, 4/8/1983
35. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, PODER JUDICIAL DE LA PAMPA, *CORONEL*, “Carlos Aníbal c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ Demanda Contencioso Administrativa”, 99/08: 15/6/2011.
36. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PROV. DE MENDOZA, SALA PRIMERA DE LA EXCMA., “Gutierrez y Belinsky c/ I.P.V. S/A.P.A.”, causa N° 63.635, 31/07/2003
37. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PROV. DE MENDOZA, SALA PRIMERA DE LA EXCMA. “Tapia, Mónica Marisa C/ I.P.V. S/A.P.A”., causa N° 101.691, 19/10/2012.
38. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PROV. DE MENDOZA, SALA PRIMERA DE LA EXCMA. “Base S.R.L. y Fibroeste S.R.L. c/Provincia de Mendoza s/Acción Procesal Administrativa”. Expte.: 43281 -13/02/1995.
39. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PROV. DE MENDOZA, SALA SEGUNDA DE LA EXCMA. “Francisco Mazzoni c/I.P.V. s/Acción Procesal Administrativa”, Expte.: 59095 - 14/09/2000.
40. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PROVINCIA DE NEUQUÉN, SECRETARÍA DE DEMANDAS ORIGINARIAS, “Andia Héctor c/ Municipalidad De Neuquén S/ Acción Procesal Administrativa”, Nro de Fallo: 1669/09, Nro. Expte: 1769 - Año 2006, 30/10/2009.
41. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PROVINCIA DE NEUQUÉN, SECRETARÍA DE DEMANDAS ORIGINARIAS, “Rey Midas Srl c/ Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo de Neuquén S/ Acción Procesal Administrativa”. Nro de Fallo: 1587/09, Nro. Expte: 869 - Año 2003, 20/04/2009.

42. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PROVINCIA DE NEUQUÉN, SALA PROCESAL ADMINISTRATIVA, “Arven S.R.L. c/ Provincia Del Neuquén S/ Acción Procesal Administrativa”, Nro de Fallo: 07/17, Nro. Expte: 4030 - Año 2012, 02/02/2017.
43. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PROVINCIA DE NEUQUÉN, SALA PROCESAL ADMINISTRATIVA, “Godoy Guillermo Rubén c/ Provincia Del Neuquén S/ acción Procesal Administrativa”, Nro de Fallo: 58/17, Nro. Expte: 4829 - Año 2014, 12/05/2017
44. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PROVINCIA DE NEUQUÉN, SALA PROCESAL ADMINISTRATIVA, “Melideo Alejandra Del Carmen c/ Provincia Del Neuquen S/ Accion Procesal Administrativa”, Nro de Fallo: 133/17, Nro. Expte: 4865 - Año 2014.
45. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA PROVINCIA DE NEUQUÉN, SECRETARÍA DE DEMANDAS ORIGINARIAS, “Villar Aldo Eduardo C/ Municipalidad De Picun Leufu S/ Acción Procesal Administrativa”, Nro de Fallo: 1693/09, Nro. Expte: 1119 - Año 2004.
46. CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON ASIENTO EN LA PLATA, “Good Service C/ Ministerio De Justicia S/Pretension Restablecimiento o Reconoc. De Derechos- Otros Juicios”, expte. N° -6563-(377). 3/11/2009.
47. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. VIEDMA, RÍO NEGRO, “C., H. C/ Municipalidad De Gral. Roca S/ Contencioso Administrativo S/ Inaplicabilidad De Ley”, 6/04/2006
48. CORTE DE JUSTICIA DE SALTA, “Proint Vs. Provincia De Salta – Recurso De Apelación”, *Expte. N° CJS 31.987/08*, 6/10/2015.
49. CÁMARA DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR, SALA CIVIL, COMERCIAL Y DEL TRABAJO, “Cenzano Vega Eduardo c/ Provincia De Tierra Del Fuego A.I.A.S. S/ Ordinario”, *Trámite: N° 5903*, Registro n° 107, Tomo n° IV, Fs. 725/73, 7/12/2011.
50. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA, “Kuntz Aza, Adriana Mabel c/ Provincia de La Pampa s/ demanda contenciosos administrativa”.

Bibliografía

- ÁBALOS, María Gabriela, “La licitación y otros procedimientos de selección del cocontratante”, en FARRANDO Ismael (h), *Contratos Administrativos*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- ÁBALOS GOROSTIAGA, Raúl, “El contrato administrativo inexistente. Precisiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Thompson Reuters, Cita Online: 0003/015226.
- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osmán, “Principio de legalidad en la administración pública. Buen gobierno y transparencia. Su contextualización al caso guatemalteco”. Ponencia organizada por La Abogacía General del Estado del Ministerio de Justicia de España y por La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, en el Centro de Formación de la Cooperación Española en la Antigua Guatemala. 25 al 29/11/2013, https://issuu.com/justiciagt/docs/principio_de_legalidad_en_la_admini, disponible el 19/V/2018.
- ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial comentado, Tratado exegético*, T. VIII, Arts: 1708 a 1881 otras fuentes de obligaciones, 2da. Edición actualizada y aumentada, directores ALFERILLO PASCUAL E., GÓMEZ Leo Osvaldo R. y SANTARELLI Fulvio G., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.
- ÁLVAREZ, Sebastián, “Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Ediciones Especiales*, Sección Doctrina, N° 382, 12/VIII/2010, https://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/1ADM0048099970000.html
- ARALDI, Liliana, “La llamada responsabilidad civil o patrimonial del Estado”, Thompson Reuters, Cita Online: 0003/012448, <https://www.thomsonreuters.com/en.html>, disponible el 19/V/2018.
- BARNÉS, Javier “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario.” *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, N° 135, 1994, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17251>, disponible el 19/V/2018.
- BIANCHI, Alberto B., “Algunas reflexiones sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *El Derecho*, 184-900, 1999.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, 4ª Edición, Perrot, Buenos Aires, 1998.
- BUJ MONTERO, Mónica, “La Licitación Pública: Principios Generales”, en FARRANDO, Ismael (H), *Contratos Administrativos*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- CALDERÓN, Gladys Ester, “Responsabilidad de los funcionarios públicos”, *Auditoría y gestión de los fondos públicos*, Auditoría Pública N° 54 julio, 2011. <http://asocex.es/responsabilidad-de-los-funcionarios-publicos>, disponible 15/VI/2018.

- CANDA, Fabián O., “El elemento forma en el contrato administrativo”, en CASSAGNE Juan Carlos *Tratado General de los contratos públicos*, 1^{ra} ed., 1^{ra} reimpresión, LA LEY, C.A.B.A., 2014.
- CANDA, Fabián O., “La importancia del elemento forma en el contrato administrativo”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, Homenaje a Julio R. Comadira, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2007.
- CANOSA, Armando N., “La tutela administrativa efectiva y las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, Publicado en: RDA 2014-91, 01/02/2014, 3, Cita Online: AP/DOC/3009/2013.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, 1^a ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- CASSAGNE, Juan Carlos “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración.”, http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_estado_por_la_actividad_de_la_administracion_.pdf, disponible el 19/V/2018.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7^a ed., T.II, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “El neoconstitucionalismo y su proyección al acto administrativo”, publicado en: RDA 2013-87, 01/05/2013, 757, cita Online: AP/DOC/543/3013.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2^a ed., Ábaco, Buenos Aires, 2009.
- CIANCIARDO, Juan – SACRISTÁN, Estela B., El caso “Avico” y sus ecos, ochenta años después”, Thomson Reuters, Publicado en LA LEY 28/04/2014,1 – LALEY2014-C, 635, cita Online: AR/DOC/1194/2014.
- COMADIRA, Julio P. – NIELSEN, Federico, “Apuntes sobre los principios de la ética pública en el Derecho argentino”, *Revista de Documentación Administrativa*, N°267-268.
- COMADIRA, Julio R., ESCOLA, Héctor J., COMADIRA, Julio Pablo, (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- COMADIRA, Julio R., MONTI Laura (colaboradora), *El acto administrativo en la Ley Nacional de procedimientos Administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- CORVALÁN, Juan Gustavo, “¿Qué es el derecho a la “buena administración?””, DPI Cuántico Revista Digital. http://www.dpicultico.com/wp-content/uploads/2014/12/administrativo_doctrina2014-12-02-2.pdf, disponible el 19/V/2018.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo”, *Revista de administración pública*, ISSN 0034-7639, N° 84, 1977, Dialnet.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098042>, disponible el 19/V/2018.

- COVIELLO, Pedro J.J., “El enriquecimiento sin causa en la contratación pública”, en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2014.
- COVIELLO, Pedro J.J., “¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales”. <http://escuela.asesoria.gba.gov.ar/documentos/105/La%20actualidad%20juru00EDdica%20de%20los%20contratos%20administrativos%20%20Coviello.doc>, disponible el 15/V/2018.
- CUADROS, Oscar, “El Estado y la legalidad convencional”, en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornada organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2014.
- CHIBÁN, Nora, “Aplicación de los principios de Buena Fe y Pacta Sunt Servanda” en CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado General de los Contratos Públicos*, T.II, ed.1ª reimpresión, La Ley, C.A.B.A., 2014.
- DAMSKY, Isaac Augusto, “Cuestiones subyacentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina sobre la forma de los contratos administrativos. Realidades que desnudan una juridicidad pendiente”. Revista Aída, Ópera Prima de Derecho Administrativo, N°8, 2010, disponible en biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1444/1345>. Disponible el 06/VI/2018.
- DAMSKY, Isaac Augusto, “Excursus sobre la forma de los contratos administrativos o la necesidad de modernizar la licitación pública en Argentina”, http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/IsaacAugustoDamski.pdf. Disponible el 19/V/2018.
- DAMSKY, Isaac Augusto, “La crisis de la licitación pública. Sobre la forma de los contratos administrativos y cuestiones subyacentes”, en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornada organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2014.
- DE VICENTE GONZÁLEZ, Losé Luis, “Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la administración local”, Revista de Administración Pública, Número 168, Madrid, Septiembre-diciembre 2005.
- DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, T. III, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979.
- DIEZ-PICASO, Luis, *Introducción; Teoría del Contrato, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Civitas, Madrid, 1993.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto “Principios de la contratación administrativa” Estudios de derecho administrativo, ISSN 1688-8006, N°. 8, 2013, (Ejemplar dedicado a: Cuarto Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Montevideo 2013).

- DUBINSKY, Guido y CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)”, Publicado en: Sup. Adm. 2010 (noviembre) 56, LA LEY, 2010, -F, 169, cita online: AR/DOC/7337/2010.
https://informacionlegal.com.ar/maf/app/delivery/offload/get?_=1525, disponible el 05/IV/2018.
- FANELLI EVANS, María Agustina, “Mitos y verdades sobre el Principio de Razonabilidad”, en *Derechos, Garantías y Potestades en los contratos público*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, 1ª ed., RAP, CABA, 2014.
- FARRANDO, Ismael (h), “Licitación Pública. Panorama de la Jurisprudencia actual”, La Ley, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario, Bs. As., 2010.
- FARRANDO, Ismael (h), *Contratos administrativos*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- FERNÁNDEZ, Bettina, “La ilegitimidad de las contrataciones administrativas celebradas al amparo de un exceso reglamentario en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF150340, 4 de Mayo de 2015. <http://www.saij.gov.ar/bettina-fernandez-ilegitimidad-contrataciones-administrativas-celebradas-al-amparo-exceso-reglamentario-ambito-ciudad-autonoma-buenos-aires-dacf150340-2015-05-04/123456789-0abc-defg0430-51fcanirtcod>, disponible el 15/V/2018.
- FERNÁNDEZ VILLA, Bárbara “El pago de legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 460 - Enero 2017. http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contrataciones_de_obras_servic/1adm0039016133000.html, disponible el 15/V/2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson Reuters, Madrid, 1995.
- GARCÍA PULLES, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Abeledo Perrot, CABA, 2015.
- GÓMEZ SANCHIS, Daniel, “Contratos Administrativos: Versión Clásica. Parte II”, en FARRANDO, Ismael (h), *Contratos Administrativos*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- GORDILLO, Agustín, “La seguridad jurídica y la emergencia”, publicado en Thomson Reuters: SJASJA 25/3/2009; JAJA 2009-1-1121; cita Online: 0003/014336.
- HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., “El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Ediciones Especiales, Cuestiones de Contratos Administrativos, Nro.: 347, Buenos Aires, 2013.
http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/el_enriquecimiento_sin_causa_e.html , disponible el 15/V/2018.

- HUAPAYA TAPIA, Ramón, “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú”, en CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado General de los Contratos públicos*, T. III, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.
- IVANEGA, Miriam Mabel, *Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2003.
- IVANEGA, Miriam Mabel, “El Principio de Buena Fe en los Contratos Administrativos” *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* Nro.: 360, Buenos Aires, 28-ABR-09.
http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/el_principio_de_buena_fe_en_lo.html. , disponible el 15/V/2018.
- IVANEGA, Miriam Mabel, “Las responsabilidades de los funcionarios públicos”, disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, http://dga.unsa.edu.ar/images/Biblioteca_Gral/Biblioteca_Restringida/11.pdf, disponible el 12/VIII/18.
- LAGARDE, Fernando M., “Responsabilidad de los funcionarios públicos en la contratación administrativa”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2007.
- LICO, Miguel A. “Principios generales del derecho aplicables al derecho administrativo y principios generales del derecho surgidos del derecho administrativo” en *Revista de Derecho Ambiental de Abeledo Perrot*, 2012. http://www.rosario.gov.ar/ArchivosWeb/personal/derecho_administrativo.pdf, disponible el 19/5/2018.
- LÓPEZ MESA, *Marcelo J.*, “El enriquecimiento sin causa en el derecho actual (las posibilidades y los límites de un instituto controversial)”. www.lopezmesa.com.
- MARCHETTI, Luciano “¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido”, en *El Derecho Administrativo serie especial. El Derecho*, 2005.
- MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A y B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990-1996.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho”. *Revista General de Derecho Administrativo* 26 (2011).
http://www3.uva.es/masterPRLCyMA/descargas/asignaturas/fundamentos/fundamentos-derecho/10_DerechoPublico&Privado_LopezMuniz2012.pdf, disponible el 15/V/2018.
- MERTEHIKIAN Eduardo y SALVATELLI, Ana, *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, 2ª Edición, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014. www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/Reglamento_del_Regimen_2da_ed.pdf

- MIRANDA, Laura, “La buena fe del empobrecido en el enriquecimiento sin causa”, Thompson Reuters, RDA 2013-88, 29/08/2013, 1073, Cita Online: AP/DOC/1157/2013.
- MONTI, Laura M., “Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa.” Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nro.: 361, Buenos Aires, 28-ABR-09
http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/los_contratos_administrativos_.html. Disponible el 19/V/2018. “Los contratos administrativos y el enriquecimiento sin causa”, Publicado en: Cita ONLINE: 0027/000027
- MONTI, Laura M., “Los contratos de la Administración pública en la jurisprudencia de la CSJN”, en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornada organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2014.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Edición actualizada, Reimpresión, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- MOISSET DE ESPANES, Luis, “Notas sobre el Enriquecimiento sin causa”, Doctrina Judicial (La Ley), 1979, N°10, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artnotasenriquecimientosincausa/at.../file>, disponible el 13/V/2018.
- MURATORIO, Jorge I., “Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta (Acción de lesividad Alternativas)”, Publicado en LA LEY, 1995-D, 1205, cita Online: AR/DOC/154/2001.
- NIELSEN, Federico, “La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2007.
- PALACIO, Lino Enrique, Derecho procesal civil, t. I, 2da. ed., 5ta. reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, “El juez de amparo y la Constitucionalización del Derecho Administrativo”, en *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2017.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Los Contratos públicos como regla de derecho en el neoconstitucionalismo”, en *Derechos, Garantías y Potestades en los Contratos Públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2014.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Contratación Pública y sus Nuevos Paradigmas”, texto de la conferencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericanas, febrero de 2013, cita: MJ-DOC-6132-AR, <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XfP5MsiUDEkJ:https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/ponencia-marincc83acc81n-pecc81rez-hualde.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar>. Disponible el 19/V/2018.

- PERRINO, Pablo E., “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, RAP Digital, Revista: Ediciones Especiales: Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, 01/05/2001.
http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/responsabilidad_del_estado/los_factores_de_atribucion_de_.html
- PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos- Código Civil y Comercial (Ley 26.944 comentada)*, 1ra ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015.
- RATTI MENDAÑA, Florencia Soledad. “De la nulidad a la inexistencia de los contratos administrativos (un repaso jurisprudencial, con ocasión del Fallo Lix Klett)”, Thomson Reuters, cita online: AP/DOC/4299/2012.
- REAL ALCALÁ, J. Alberto del, “El problema de la vaguedad en la legislación”, Papeles de teoría y filosofía del derecho. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Número 3, 2010.
- REBOLLO PUIG, Manuel, *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- REJTMAN FARAH, Mario, “Avances, retrocesos y algunas ambigüedades en la nueva reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional,” en *Derechos, Garantías y Potestades en los contratos público*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, 1ª ed., RAP, CABA, 2014.
- RIVERO, Julio César, MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Thomson Reuters La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Bogotá, D.C. (Colombia), núm. 6, año 2013.
- SAMMARTINO, Patricio M.E., “Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente”, en MERTEHIKIAN Eduardo y SALVATELLI, Ana, *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, 2ª Edición, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.
- SANTIAGO, Alfonso, “Algunas de las corrientes iusconstitucionales de nuestros días. Neoconstitucionalismo, garantismo y personalismo solidario.”, Publicado en: DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, 143, cita Online: AR/DOC/2644/2017
- SAPAG, Mariano A., “Interpretación constitucional y control de razonabilidad. Elementos para la comprensión general y aplicación práctica del principio de razonabilidad”, en CIANCIARDO, Juan, *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos, Teorías y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, Porrúa S.A., México, 2012.
- TANZI, Silvia, “Enriquecimiento sin causa. Su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación”, DPI Cuántico Diario Digital, 01/06/2015, <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/05/Civil-Doctrina-2015-06-01.pdf>. Disponible el 19/V/2018.

- TOLLER Fernando, “Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales”, en CIANCIARDO, Juan, *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos, Teorías y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, Porrúa S.A., México, 2012.
- UGOLINI, Daniela, “El perfeccionamiento del contrato administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado General de los Contratos Públicos*, T. II, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.
- USECHE PERDOMO, Jaime Andrés. “El enriquecimiento sin causa y la responsabilidad estatal en Colombia”. Bogotá D.C., 2014. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2528/Usechejaime2014.pdf?...1>. Disponible el 10/VII/2018.
- USLENGHI, Alejandro J., “Lineamientos de la Responsabilidad del Estado por actividad ilícita”, RAP Digital, Revista: Ediciones Especiales: Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Página 049, 01/V/2001. https://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/responsabilidad_del_estado/lineamientos_de_la_responsabil.html
- VALERO ESCRIBANO, José Ignacio, “La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XVII, n.º 50, Mayo 2015.