
EL CONCEPTO DE INTERÉS PÚBLICO Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

CARLOS ANDRÉS DE CORES
JUAN MANUEL CAL

SUMARIO

I. PLANTEO DEL TEMA. IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO. II. NOCIÓN DE INTERÉS PÚBLICO. III. INEXISTENCIA DE UNA POTESTAD DE PRINCIPIO PARA RESCINDIR UNILATERALMENTE LOS CONTRATOS. IV. CONCLUSIONES.

I. PLANTEO DEL TEMA. IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO.

Resulta por demás curioso que la doctrina y, especialmente, la jurisprudencia administrativista no se hayan preocupado mayormente por precisar conceptualmente la idea de interés público, siendo que se trata nada menos que de uno de los pilares (si no el único) en que el propio derecho administrativo basa su autonomía ¹.

Es llamativo, además, porque en muchos casos la imprecisión mencionada se convierte en una excusa en que la Administración (y no sólo ella) se funda para desplazar abusivamente a los particulares de derechos subjetivos perfectos consagrados por la Constitución.

Lo que se intentará en las líneas siguientes es, en primer término demarcar con la mayor precisión posible las fronteras del interés público ². Y en segundo lugar, analizar una de las hipótesis en que este concepto tiene mayor aplicación práctica: la pretendida potestad de principio que posee la Administración para resolver unilateralmente los contratos que celebra con particulares.

II. NOCIÓN DE INTERÉS PÚBLICO ³.

A) Problemas que plantea su imprecisión

Como suele suceder con los conceptos jurídicos indeterminados, al enfrentarlos con su opuesto (por ejemplo, justicia-injusticia), nos encontramos ante diversas situaciones que claramente se ubican en una u otra categoría. Pero otras –tal vez la mayoría– se encontrarán en un estado intermedio, siendo difícil su encasillamiento en el caso concreto. Eso es precisamente lo que sucede con el concepto en análisis y su antítesis, el interés individual o privado.

No hace falta resaltar el problema que esto puede producir, y de hecho genera: que la Administración, en su legítima e innegable función de tutela del bien común, se atribuya sin embargo facultades que no le corresponden de conformidad al marco constitucional vigente, como se verá luego.

1. *Rivero*, "Droit Administratif", Ed. Dalloz, París 1962, p. 10 y 11, señala que el interés público es el fin mismo de la Administración; y aunque el contenido del concepto cambie, el fin permanece inalterable.
2. El marco normativo vigente no ayuda demasiado en esta tarea. En efecto, si bien el art. 20 inc. 2° de la ley 17060, y el art. 9 del decreto reglamentario 30/2003 refieren al interés público, lo hacen de forma elíptica y descriptiva: "El interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos". Según se observa, lo que se hace a través de estas normas es simplemente expresar manifestaciones del interés público, pero no aventurar definiciones del concepto propiamente dicho.
3. Lo que se intentará en efecto es dar una noción y posteriormente, si ello nos es posible, un concepto del interés público, ya que como señala *Barrios de Angelis* ("Teoría del Proceso", Ed. Depalma, Bs. As. 1979, p. 14), "noción es conocimiento primario; impreciso pero suficiente para distinguir su objeto de otro objeto, toda vez que no se lo someta a un análisis riguroso. Concepto, al contrario, es un pensamiento que describe de modo inequívoco un objeto".

B) Distinción respecto a otros conceptos afines

Entre todos los conceptos que guardan estrecha vinculación con el *sub examine* de interés público, tal vez el más afín sea el de *interés general*, el cual según entendemos debe considerarse como sinónimo⁴, por lo que a lo largo de las líneas que siguen se manejarán en forma indistinta ambos términos.

Otra idea similar es la de *utilidad pública*, que es mencionada por nuestra Constitución –junto al propio interés general– al regular el derecho de propiedad⁵. Como se observa, se asemejan mucho pero la distinción está en que la utilidad sería una especie dentro del género interés. Por cuanto según señala Berdaguer en reflexiones vertidas para el derecho de las obligaciones, pero perfectamente aplicables a esta sede, el interés “puede ser patrimonial o no patrimonial; en tanto que la ‘utilidad económica’, como su propio nombre lo indica, es siempre patrimonial”⁶. De manera que el interés público o general se caracterizará de regla por satisfacer una necesidad no necesariamente patrimonial; en caso de que la necesidad sea susceptible de estimación pecuniaria, estaremos ante la utilidad pública, lo cual justifica su inclusión al regular la propiedad, derecho por antonomasia apreciable en dinero.

Más interesante resulta analizar la diferencia del interés general con el *interés común*, que pone en evidencia Cerri al estudiar los orígenes de aquél⁷. Mientras que el interés común sería el interés coincidente de todos y cada uno de los asociados, el interés general sería el interés de la colectividad objetivamente entendida, que puede consolidarse incluso a través del sacrificio de los intereses de algunas categorías o grupos. Según sostiene este autor italiano, originariamente sólo había dos categorías de intereses: los individuales y los comunes, *tertium non datur*. El origen de la expresión interés general estaría dada por la clase dominante que impone juicios valorativos a través de tal concepto. Volveremos de inmediato a esta postura al tratar la definición del interés público.

Para terminar este apartado, haremos mención de otro concepto, el de *bien común*, que tiene una connotación esencialmente teleológica, de modo que estaría vinculado al interés general en una relación de medio a fin, o más propiamente de causa a efecto.

C) Un intento de definición

La doctrina suele comenzar el punto con un estudio de la raíz etimológica del giro “interés público”⁸. Así, se concluye que el vocablo “interés” proviene de la voz latina *interest*, cuyo sentido literal es “estar entre” y que con el paso del tiempo llegó a significar algo así como “lo que importa” o “lo que es importante”. Visto ahora el punto desde una perspectiva económica, puede entenderse al interés como la relación entre un individuo que tiene una necesidad, y el bien adecuado para satisfacerlo. O, dicho en otras palabras, un “tender hacia un objeto”⁹.

Precisada la voz “interés”, se procede a la mención de que es “público”, entendiéndose por tal, oponiéndolo a privado, todo aquello que atañe o interesa a la comunidad¹⁰.

Continuando el camino hacia una definición, Prat sostiene que “la precisión del interés general se revela imposible por ser un concepto de contenido contingente, variable según las épocas, las técnicas y las formas sociales”¹¹. Entendemos que tal afirmación es parcialmente verdadera, porque el hecho de que el contenido sea variable con las épocas, no quita que el continente pueda ser único e inmutable, caracteres que según creemos detenta la definición que se transcribirá.

Puede definirse provisoriamente entonces al interés público, con Escola, como “el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda

4. En este sentido, nuestros tribunales han sostenido que el giro *interés público* “es equiparable al interés general, al interés colectivo, de una sociedad, o de una región determinada. Estas nociones, que particularizan aspectos colectivos (...), componen una nómina de inquietudes, necesidades, disposiciones, que son compartidas por la enorme mayoría de los sujetos de derecho en una colectividad, y que se dirigen hacia un fin principalmente, colectivo”. Véase LJU c. 14306 (TAP 1º Sent. 43/2001).

5. “Art. 32.- La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de *interés general*. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o *utilidad públicas* establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación (...)”.

6. Berdaguer, “Fundamentos del Derecho civil”, tomo I, Ed. FCU, Mdeo. 1994, p. 125.

7. Cerri, “Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione”, Ed. Cedam, Padova 1973, ps. 23 y ss.

8. Escola, “El interés público como fundamento del derecho administrativo”, Ed. Depalma, Bs. As. 1989, p. 237; Ochs, “Algunos aspectos del instituto de declaración de inconstitucionalidad”, en Rev. de Derecho Público N° 10, Ed. FCU, Mdeo. 1997, p. 160.

9. Cerri, op. cit., p. 21. En el mismo sentido Barrios de Angelis, op. cit., p. 108.

10. Escola, op. y loc. cit.; Ochs, op. y loc. cit.

11. Prat, “Derecho Administrativo”, tomo I, Ed. Acali, Mdeo. 1977, p. 125.

la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”¹².

Tal postura se presenta *a priori* como la más acertada, por respetar adecuadamente los principios inherentes a un Estado de Derecho, liberal y humanista; pero tiene el inconveniente de no dar soluciones ante problemas concretos que se planteen. Por ello, aun cuando no compartamos el enfoque ostensiblemente político de Cerri, entendemos que las ideas de este autor encierran una gran dosis de verdad y sentido pragmático. Es obvio que el Estado, principal agente de los intereses de la comunidad, no puede verificar en cada acto que realiza, la conformidad de los intereses mayoritarios.

Es en este sentido que asiste razón a Cerri: el interés público encierra, en cierto sentido, un juicio de valor; aunque éste no estará dado a nuestro entender por los intereses de la clase dominante, sino por el sentir mayoritario y homogéneo de la población que expresa sus convicciones al concertar un texto constitucional.

Por lo dicho no aparecen como antagónicas las posiciones de Cerri y Escola, sino que aquélla –con la aclaración apuntada– sería la aplicación práctica de ésta. La tesis que estamos adoptando justificaría la presunción de legitimidad, de carácter relativo, de que gozan los actos del aparato estatal cuando éste se desempeña dentro del ámbito de sus atribuciones.

D) Solución de conflictos

Sabido es que en una sociedad plural, los diversos intereses en ella comprometidos entran constantemente en colisión. Ante este fenómeno inocultable, debe adoptarse un criterio coherente que haga prevalecer uno de ellos por sobre el otro, pues lo más común es que sea imposible mantener a ambos en plena vigencia efectiva.

1. Entre interés público e interés privado.

La cuestión a tratar en este apartado es de muy difícil dilucidación, y dependerá en definitiva del concepto que se tenga acerca de la existencia de derechos absolutos en nuestra Constitución, no susceptibles de limitación, ni aún en razón del interés general.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha demostrado en reiteradas ocasiones su respuesta negativa a la interrogante formulada. En opinión con la cual –como habrá de verse– discrepamos, el máximo órgano judicial del país ha establecido que, sin perjuicio de reconocer la existencia de derechos fundamentales, “ninguno de ellos –con excepción del derecho a la vida (art. 26)– tiene constitucionalmente carácter absoluto, pudiendo en consecuencia ser limitados por el legislador”¹³, invocando luego los artículos de la Carta Magna que respaldarían la tesis.

Tesis que en nuestra opinión es, siguiendo a Ochs, errada. En realidad el individuo tiene ante el Estado dos situaciones jurídicas perfectamente distinguibles: una es el interés legítimo y la otra el derecho subjetivo perfecto; en ésta última hipótesis, “el legislador ordinario no puede afectar ni un ápice los derechos constitucionales de los habitantes”¹⁴. Entendemos, en efecto, que el criterio correcto es ser lo más restrictivos que sea posible al momento de limitar los derechos fundamentales¹⁵. De manera que el legislador podrá hacerlo únicamente con mandato constitucional expreso; de no haberlo nos encontraremos ante un derecho subjetivo perfecto.

Además, percibimos una cierta inconsistencia en remarcar que sólo el derecho a la vida es absoluto por la interdicción de la pena de muerte edictada por el art. 26, porque se parte del supuesto que sólo puede retacearse tal derecho a título de pena. Ciñéndonos estrictamente al tenor literal de la norma, debería concluirse que una ley contraria a ese bien supremo que es la vida, pero que no sea a través de la imposición de una pena, será rigurosamente constitucional. Lo cual es a nuestro juicio un grave error.

12. Escola, op. cit., ps. 249 y 250.

13. LJU c. 14297 (SCJ Sent. 525/2000).

14. Ochs, op. cit., p. 160.

15. Esta posición tendrá su influencia en el punto que se tratará más adelante en relación con los contratos administrativos, pues entendemos que uno de los derechos en los que debemos ser estrictos en la limitación por vía legal es el del debido proceso que proclama el art. 12 de la Constitución. Este artículo, pese a su redacción de tinte penal, evidentemente debe ser extensible a todas las ramas jurídicas (véase *infra*, III, 2.1 y 2.4).

Y es incorrecta la posición de la Corte, por otra parte, porque ignora la filosofía que impregna el texto constitucional, pues es justamente este punto el que permite distinguir un sistema liberal y personalista como el nuestro de otro autoritario y transpersonalista.

En efecto, planteado un conflicto entre interés público e interés individual, dos maneras habrá de dilucidar el problema. La solución en un sistema de corte autoritario será el sacrificio y extinción lisa y llana del derecho del particular afectado. Pero en un Estado liberal y democrático de derecho, y adoptando las ideas vertidas por Escola, los intereses en pugna tienen una idéntica entidad sustancial, siendo cualitativamente semejantes y distinguiéndose sólo cuantitativamente como se estableció líneas arriba (*supra*, 3).

Como corolario, lo que ocurrirá es la prevalencia del interés público, pero no al precio del sacrificio, sino simplemente del desplazamiento o sustitución del interés del particular, teniendo éste en su virtud “el derecho a ser adecuadamente compensado por la pérdida o la merma de sus derechos y de su interés, de manera que su interés privado, de esa forma, quede salvaguardado”¹⁶.

Es que la redacción que el constituyente dio, entre otros, al art. 7 de la Carta Magna, debe interpretarse como una garantía para los derechos del individuo, y jamás como una postergación de los mismos. Porque como bien se encarga de señalarlo Risso Ferrand (citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos), “de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Constitución o la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los intereses en juego”¹⁷. Lo cual, como hubo oportunidad de ver, lamentablemente no ocurre, puesto que el juez constitucional (en nuestro sistema, la Suprema Corte de Justicia) sustenta un concepto a nuestro juicio demasiado amplio de lo que debe reputarse interés general.

2. Entre más de un interés público.

Considera Moor que, pese a la aparente unidad que la expresión en singular “interés público” brinda, en realidad a poco de estudiarse el tema lo que llama más la atención es precisamente lo contrario, es decir, la diversidad. No encontraremos por lo general *un* interés público sino simplemente intereses sectoriales, fragmentarios¹⁸.

Diversidad que, según continúa el autor, se aprecia no sólo en la finalidad de los intereses en juego (pone el ejemplo de una comunidad cuya economía está empobrecida y debe decidirse sobre el ensanchamiento del terreno para practicar esquí en detrimento de los bosques allí existentes); también se percibe entre otros en los sectores sociales involucrados (ya que rara vez estaremos ante el interés de la sociedad en general), en los órganos estatales (no se descarta la existencia de conflictos entre más de uno ellos atribuyéndose el interés de la sociedad) y hasta en el territorio¹⁹.

Tal pareció ser la posición del Consejo de Estado francés, el cual fallando en el caso “Ville nouvelle-est”²⁰ entendió que una operación no puede ser declarada de utilidad pública sino en los casos en que los retaceos a la propiedad privada, el costo financiero y los inconvenientes sociales que dicha operación lleva consigo no sean excesivos en relación al interés que representa.

Con esta tesitura discrepa Ochs, quien juzga errónea la idea de que existan diversos intereses generales al mismo tiempo, en virtud de que el mismo será “el cuantitativamente mayoritario con dos modalidades: ora reúne la totalidad de los intereses individuales ora reúne la mayoría de dichos intereses”²¹.

Por nuestra parte entendemos que no sólo puede darse este tipo de conflicto, sino que se presenta con frecuencia; porque en definitiva no resulta sencillo determinar el designio mayoritario cuando el impacto, verbigracia, de una obra, tiene incidencia en cierto sector de la población únicamente. ¿Cómo delimitar la circunscripción territorial dentro de la cual sopesar los intereses? ¿Un barrio, una ciudad, un país?

El dilema al que nos enfrentamos tiene una particular trascendencia en materia tributaria. Como enseña Valdés Costa, “sucede generalmente que cuando el Estado realiza una obra pública o presta un servicio público, éstos, además de beneficiar a la colectividad, benefician preferentemente a un grupo que obtiene provechos directos e inmediatos de esa actividad. El Estado satisface necesidades colectivas, pero simultá-

16. *Escola*, op. cit., p. 244.

17. *Risso Ferrand*, “Derecho Constitucional”, tomo I, Ed. FCU, Mdeo. 2005, p. 469.

18. *Moor*, “Intérêts publics et intérêts privés”, en *La pesée globale des intérêts*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1996, p. 24.

19. *Moor*, op. cit., ps. 25 y 26.

20. Consejo de Estado, Sent. 78825 de 28/V/71 (www.legifrance.gouv.fr).

21. *Ochs*, op. cit., p. 163, nota 9.

neamente beneficia más a algún grupo de componentes de la sociedad, y para este grupo crea una contribución o un impuesto especial"; concluyendo luego que "si bien es justo que los directamente beneficiados paguen más, es efectivamente así cuando las obras o la actividad del Estado favorece a un grupo pequeño de los componentes de la sociedad; pero cuando los beneficiados son todos los habitantes del país, llegamos a una organización compleja en la que no se justifica el distinguo, porque las obras públicas, de vialidad, etc., benefician a todas las personas"²². Por nuestra parte entendemos que el ejemplo mencionado es por demás elocuente de que, detrás de la decisión que toma el Estado entre poner una obra a cargo de toda la población, o hacerla a expensas de un grupo específico a través de tributos especiales, lo que subyace no es otra cosa que una opción política en favor de un interés público respecto de otro que colide con él.

Los inconvenientes de determinación expuestos líneas arriba nos muestran con claridad que el conflicto entre dos o más intereses públicos, por su idéntica naturaleza, implica una necesaria elección entre uno de los que se encuentran en pugna. De manera que no podemos, como sí lo hicimos al balancear intereses de distinta entidad (*supra*, 4.1), ensayar una solución aplicable sin más a toda circunstancia. De todos modos, se trata de un tema en el que ciertamente valdría la pena indagar.

III. INEXISTENCIA DE UNA POTESTAD DE PRINCIPIO PARA RESCINDIR UNILATERALMENTE LOS CONTRATOS

La relevancia que el interés público o general presenta en la contratación administrativa está fuera de discusión, y excede notoriamente la órbita meramente rescisoria de los contratos, para proyectarse hacia la ejecución de los mismos (por ejemplo, los poderes que la doctrina denomina de dirección y control, sancionatorio y modificativo). Sin embargo, prescindiremos de esto último y sólo nos dedicaremos aquí a la vicisitud extintiva de los vínculos contractuales.

A) La teoría de las potestades exorbitantes. Sus falencias.

El principal argumento esgrimido para otorgar a la Administración la potestad bajo análisis consiste en que, en los contratos que ella celebra, habría implícita una "cláusula exorbitante del derecho común", cuya existencia se justificaría por el interés público que en ellos hay en juego.

Esta teoría ha sido adoptada por el Consejo de Estado francés en sentencia del 31/VII/1912²³, y desde entonces ha sido aceptada casi unánimemente, contando con el recibo (directo o implícito) de nuestra doctrina²⁴.

De la misma forma, nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha hecho caudal de esta tesis, afirmando que la Administración "dispone de ciertos poderes de los que son propios del régimen común y que derivan de la propia esencia de los intereses públicos involucrados"²⁵; que la rescisión "responde al ejercicio de facultades inmanentes que (...) constituyen una cláusula exorbitante 'virtual' del derecho privado"²⁶; y que "tal supremacía en cuanto a la potestad rescisoria (voluntad unilateral de la Administración), no puede entonces discutirse"²⁷. De la misma forma se ha dicho que el interés público "no estaría suficientemente protegido, si a igualdad de potestades rescisorias de ambos contratantes, para proceder a la rescisión, fuera necesario acudir antes a la Justicia para que sea ella quien declare el incumplimiento"²⁸.

Como se observa, la posición de nuestro máximo tribunal de la jurisdicción administrativa es de aceptación pacífica de tal doctrina. No obstante ello, se han elevado voces disonantes, con argumentos a nuestro juicio muy convincentes.

Así, Durán Martínez ha señalado que en primer lugar la idea de las prerrogativas exorbitantes se basa en una errónea identificación derecho civil-derecho común: el régimen jurídico será distinto, sí, pero no puede afirmarse que uno de los sistemas (público o privado) sea el común respecto del otro. Pero fundamentalmen-

22. Valdés Costa, "Instituciones de Derecho Tributario", Ed. Depalma, Bs. As. 1996, ps. 444 y 445.

23. Cfme. De Laubadère, "Les difficultés actuelles de l'identification du contrat administratif en droit français", en Estudios de Derecho Administrativo, tomo I, Mdeo. 1979, p. 70.

24. Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo I, Ed. FCU, Mdeo. 1988, p. 578; Prat, "Derecho Administrativo", tomo III vol. 2, Ed. Acali, Mdeo. 1979, p. 319.

25. ADA VI, 261 (TCA Sent. 538 de 7/VI/1993).

26. ADA IV, 232 (TCA Sent. 339 de 23/VII/1990).

27. ADA IV, 231 (TCA Sent. 294 de 24/VII/1989); X, 196 (TCA Sent. 201 de 4/IV/2001).

28. ADA III, 194 (TCA Sent. 620 de 26/X/1988); X, 195 (TCA Sent. 3 de 1/II/2001).

te el concepto falla por cuanto en realidad, lejos de constituir un régimen exorbitante, el de los contratos administrativos se presenta como un régimen de equilibrio y colaboración, en el que si bien las partes perseguirán fines diversos, ellos no serán opuestos, porque el fin privado coadyuva con el público²⁹.

Es que las prerrogativas exorbitantes, en definitiva, son enteramente incompatibles con el propio concepto de contrato, que ontológicamente lleva consigo los principios de la fuerza vinculante (art. 1291 del Código Civil) y de que la ejecución de los mismos no puede quedar librado al arbitrio de uno de los contrayentes (art. 1253 del cuerpo legal citado). Si la Administración opta por celebrar contratos y no actuar unilateralmente, no puede sustraerles luego a aquellos los elementos que precisamente forman parte inextirpable de su esencia.

Descartada esta potestad de principio en virtud de la pretendida cláusula exorbitante, corresponde analizar por separado las soluciones que juzgamos convenientes para las dos causales en que puede basarse la resolución unilateral (o rescisión, según se trate o no de contratos de ejecución continuada): el incumplimiento por un lado y la inconveniencia para satisfacer el interés público por otro.

Indudablemente, la incidencia del concepto que estudiamos es mucho más notoria en el segundo caso que en el primero. Aún así, no es extraño a la resolución por incumplimiento, pues es precisamente en el interés público que se basa la supuesta potestad administrativa para escamotear el proceso judicial correspondiente.

B) Resolución por incumplimiento.

En su mayoría, como se estableció *supra*, la doctrina y jurisprudencia entienden que el acudir a los órganos judiciales –o mejor dicho, las demoras que ello acarrea– es incompatible con la satisfacción del interés público, cuya urgencia reclama soluciones rápidas y efectivas. Y como corolario de ello, deben otorgarse a la Administración los mecanismos idóneos para rescindir ella misma los contratos que celebra. Sin embargo, este razonamiento adolece de numerosas fallas que detallaremos acto seguido.

1. El problema de la competencia orgánica

Entendemos siguiendo a Cajarville que la concepción que se objeta es violatoria de la atribución de competencias establecida por la normativa constitucional. En efecto, “interpretando la expresión ‘Poder Judicial’ como función jurisdiccional en sentido material, el art. 233 de la Constitución significa que la actividad que consiste en la resolución de conflictos intersubjetivos concretos de intereses por un tercero ajeno a los mismos, corresponde al Poder Judicial en sentido orgánico (...) salvo excepción constitucional expresa, y no puede ser atribuida por la ley a otros órganos”³⁰.

En el caso que nos encontramos analizando –la extinción de un contrato por incumplimiento– estamos sin duda alguna ante un conflicto de intereses entre las partes contratantes. Los partidarios de la potestad de principio, conscientes de las arbitrariedades que su postura puede llegar a encubrir admiten, a los efectos de salvaguardar los derechos del cocontratante, el sometimiento de esa decisión (acto administrativo unilateral) a los distintos recursos administrativos.

Pero como sostiene con buen tino Cajarville, planteada la cuestión desde la perspectiva de la teoría de los actos administrativos (pues no otra cosa que un acto administrativo es aquella decisión que declara resuelto el contrato), uno de los presupuestos de validez de todo acto es la competencia de quien lo dicta. Y si se tiene presente lo subrayado líneas arriba sobre las normas atributivas de competencia, no puede menos que concluirse no sólo en la nulidad del acto, sino también en el error en que incurre la tesis combatida. Porque ésta será cierta “en tanto no se la considere un postulado *a priori* del cual deducir poderes, sino en cuanto sea una comprobación inductiva, *a posteriori*”³¹. El error consiste en tomar como punto de partida lo que precisamente debe demostrarse: se trata de un típico ejemplo de *petitio principii*.

29. Durán Martínez, “Ejecución de los contratos administrativos”, en Contratación Administrativa – Curso para graduados 1988, Ed. FCU, Mdeo. 1989, ps. 61 y 62. En el mismo sentido –destacando la tendencia de la doctrina moderna a acentuar el régimen de cooperación– puede verse Delpiazzo, “Contratación Administrativa”, Ed. UM, Mdeo. 1999, p. 16.

30. Cajarville, “Apuntes sobre ‘funciones’ y ‘cometidos’ del Estado”, en Rev. Urug. de Der. Constitucional y Político, v. 3, n.º 18, Mdeo. 1987, ps. 361 y 362.

31. Cajarville, “Extinción de los contratos de la Administración”, en Contratación Administrativa cit., ps. 123 y 124.

2. Mecanismos de los que dispone la Administración para defenderse

Es que si lo que se pretende es proteger el interés público ínsito en los contratos administrativos, “la solución respetuosa de la distribución de funciones entre los Poderes no conduce a excluir la intervención judicial, sino a consagrar procedimientos abreviados, sin mengua del debido proceso”³², puesto que indudablemente no es lo mismo someter una controversia a la decisión de un tercero que impugnar una resolución ya tomada *inaudita altera pars*.

Y aun ante la ausencia de tales procesos acotados, la Administración dispone de diversos caminos (los mismos que tienen a su alcance los particulares) para hacer valer con eficacia razonable sus derechos, como ser las medidas cautelares o incluso la acción de amparo (el art. 1º de la Ley 16.011 faculta su promoción por personas públicas), y no necesita potestad exorbitante alguna. Debe recordarse que el respeto de los derechos individuales es también (y con creces) cuestión en la que la comunidad está claramente interesada³³.

No se postula en estas líneas una concepción de igualdad absoluta entre individuo y Administración. Reconócese en efecto que ésta puede, como es sabido y en razón de sus poderes de imperio y coacción, imponer comportamientos a sus administrados sin su asenso, a través de la amplia gama de actos unilaterales para los cuales está legitimada. Lo que sí se subraya es que no se justifica el establecimiento de mecanismos diversos de rescisión contractual, *so pretexto* de un interés cuya precisión para el caso concreto resulta, en la mayoría de los casos, dificultosa; y que se trata de una solución que –bueno es reiterarlo– se da de bruces con la esencia misma del contrato y su fuerza vinculante.

3. La coincidencia en un solo sujeto de las calidades de juez y parte

Es un valor compartido por la cultura jurídica contemporánea, la inconveniencia de que un mismo sujeto sea simultáneamente juez y parte en un conflicto jurídico determinado (*nemo iudex in causa sua*).

Y es precisamente aquí donde aparece otra defección de la tesis mayoritaria: la arbitrariedad estaría salvada –se dice por la mayoría de la doctrina–, porque no en cualquier caso podrá la Administración rescindir sus contratos, sino únicamente cuando el incumplimiento revista el carácter de cierta gravedad. Pero ocurre que quien juzga acerca de la entidad no será un tercero imparcial y ajeno al conflicto –como sería lógico que ocurriera–, sino justamente una de las partes contratantes; lo cual –no hace falta decirlo– constituye una verdadera vía libre a la arbitrariedad.

Es claro que cualquier decisión que un sujeto tome para resolver un problema que lo vincula con otro (por más estatal que sea aquel sujeto), debería razonablemente teñirse por lo menos de un manto de sospecha.

4. Fundamento económico

Pero entendemos que la postura que intentamos rebatir, además de violatoria de normas constitucionales (no sólo, pues, las que otorgan competencias, sino el art. 12 referido al debido proceso), es patrimonialmente inconveniente para la Administración. En efecto, si el acto se impugnara y el particular resultara tener razón, se le deberán resarcir los perjuicios causados –que en muchos casos pueden ser cuantiosos–.

Como sostuviera hace muchos años Teissier, “un acto administrativo, aun siendo legal y regular, puede originar a cargo del Estado, serias responsabilidades financieras, todas las veces que él modifique los fundamentos de un contrato, es decir, las condiciones en consideración a las cuales él ha sido celebrado y considerado por las partes”³⁴.

Todo lo cual se evitaría si, en lugar de dictarse un acto unilateral, se sometiera el diferendo a la Justicia competente para que sea ella quien determine si se verificó el incumplimiento: de ese modo, cualquiera sea el sentido del fallo, el particular no sufrirá perjuicio alguno y, por ende, no será necesario resarcirlo.

5. La tutela judicial de los intereses difusos

Obsérvese por otro lado que el Código General del Proceso previó en sus arts. 42 (en sede de postulación) y 220 (en materia de eficacia de la cosa juzgada) la promoción de procesos en representación de “intereses

32. Cajarville, op. cit., p. 127.

33. Durán Martínez, op. cit., p. 67.

34. Citado en Lapoujade, “El Estado ante los Tribunales”, Ed. García, Mdeo. 1927, p. 9.

difusos". Esta idea ha sido implícitamente catalogada como híbrida, entendiendo que "ya no se trata del interés individual tutelado a través del proceso, ni tampoco del interés público, sino de otro grupo de intereses que pertenece a una pluralidad de personas"³⁵. No obstante la autorizada opinión doctrinal, no creemos que se trate en esencia de un concepto tan diverso al de interés público, pues éste se caracteriza precisamente por pertenecer a un grupo indeterminado de personas (el ejemplo del medio ambiente, que menciona el art. 42, es paradigmático en este sentido).

En todo caso, entendemos que los dos conceptos constituirían (para expresarlo gráficamente) dos círculos secantes, de manera que buena parte de los intereses difusos quedarán comprendidos por el interés público, mientras que otros –cuya titularidad detenta un ínfimo grupo de personas– se mantendrán por fuera.

El tratamiento de la normativa en cuestión presenta su importancia, ya que es una demostración palmaria de que, en buen romance, el legislador no considera incompatible el desarrollo de un proceso judicial con la satisfacción del interés general, en la medida en que quien accione sea un ciudadano común, o un grupo de ellos. Es por ello que Barrios de Ángelis, al analizar el objeto del proceso y los intereses en él contenidos, señala que "en principio, es interés público todo el que corresponde al Estado, pero hay intereses que no se le atribuyen y se consideran públicos: todos los que aun no pertenecientes al Estado importan a la comunidad", nombrando entre ellos el mantenimiento de la cultura en general³⁶, que el CGP señala a su turno como difuso.

Sucede que la teoría combatida se basa en la –a nuestro juicio– equivocada idea de que sólo el Estado (o más propiamente la organización administrativa) está legitimado activamente para accionar en tutela del bien común: aquél, como dice Brito, "no es el único, si bien el más calificado y eminente protagonista del interés general"³⁷.

6. El régimen vigente en materia de recursos durante el período de contratación.

A mayor abundamiento, no deja de llamar la atención que se tenga tanto apremio a la hora de extinguir un contrato en razón de la inmediatez temporal de satisfacción que caracteriza a la noción de interés público, y este apuro merme cuando se trata de celebrarlo. Nos referimos específicamente al art. 62 inc. 4º del TOCAF que regula el efecto con que se otorgan los recursos.

Si bien se permite a la Administración, por razón fundada, disponer lo contrario, la mencionada disposición consagra como principio general el efecto suspensivo de tales recursos. Solución que se presenta como incongruente con la urgencia que la doctrina mayoritaria reclama a la hora de complacer al interés general a costa del particular contratante.

La idea detrás de todo esto sería que, aunque esté en juego el interés público –pues es de Perogrullo que las necesidades de la población existen antes del contrato–, la Administración puede tomarse su tiempo para resolver impugnaciones. Ello a diferencia de cuanto respecta al particular, a quien sí se le exige eficiencia *so pena* de la extinción de lo convenido.

7. Defensas del particular ante el acto rescisorio

Pese a todo lo manifestado en los apartados anteriores, se observa cotidianamente, como señala Delpiazzo, la práctica de la rescisión unilateral por incumplimiento. Ante este acto –a nuestro juicio, reiteramos, ilegítimo– el particular contratante tiene diversas maneras de accionar a efectos de no quedar desprotegido.

Puede en primer lugar solicitar la anulación del acto y la reparación correspondiente; también se le permite la acción de cumplimiento ante la justicia ordinaria, la que no podrá anular el acto administrativo (pues ello es competencia del TCA), pero sí hacer ejecutar el contrato, incluso aplicando astreintes; y por último dispone el particular de la acción de resolución³⁸.

35. Vescovi y otros, "Código General del Proceso comentado, anotado y concordado", t. II, Ed. Ábaco, Mdeo. 1993, p. 74.

36. Barrios de Ángelis, op. y loc. cit. en nota 9.

37. Brito, "Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo", en LJU tomo XC (febrero 1985), p. 16.

38. Cfme. Delpiazzo, op. cit., p. 252.

C) Resolución por mérito o conveniencia.

Bajo estas dos denominaciones la doctrina refiere a las hipótesis en que la Administración rescinde sus contratos en virtud de que su ejecución ya no es compatible con el interés público que en ellos está en juego. Como se observa, aquí la solución es menos diáfana que en el caso analizado en el numeral anterior, ya que no estamos ante un hecho perceptible por un tercero ajeno al conflicto –vale decir, el incumplimiento– sino ante una apreciación subjetiva que efectúa la Administración.

El riesgo de arbitrariedad es, según puede advertirse, mucho más pronunciado, debiendo la Administración realizar un cuidadoso balance de los valores que hay en juego³⁹. Sayagués Laso se percató de ello, señalando que si bien acepta una potestad implícita cuando el cumplimiento del contrato ya no responde a las necesidades generales (pagándose por supuesto indemnización), niega la posibilidad de rescisión por *mera* conveniencia, “estimándose que violaría los derechos del particular contratante y que si fuera admisible nadie querría contratar con la administración”⁴⁰.

Nos encontramos, según se advierte, ante el mismo problema que se planteó antes (*supra*, 2.3): quien decide si es o no *mera* conveniencia es simultáneamente juez y parte. Sin embargo, se nos presenta una dificultad adicional innegable respecto a lo que sucedía en la hipótesis anterior, subrayada por Brito en oportunidad de criticar la postura de Delpiazzo al respecto: “no es posible ni procede acudir al juez porque no necesariamente se trata de un incumplimiento del cocontratante, sino de que la concesión ya no responde al interés público, (y) el poder de rescindir originariamente –ante la ausencia de incumplimiento y por la razón de interés público– no aparece conferido a otro órgano del Estado diverso del concedente”⁴¹.

Por su parte Waline, en oportunidad de su análisis sobre las potestades discrecionales, realiza una serie de reflexiones de interés que resultan aplicables a nuestro tema.

Plantea el doctrino el inconveniente de establecer hasta dónde el juez puede (o debe) volver a hacer, luego del administrador, las apreciaciones que éste hizo: cuando el juez pretende controlar la oportunidad de la decisión, podemos preguntarnos si está o no sobrepasando su rol⁴². La solución estaría para este autor en permitir al juez la revisión del acto administrativo sólo en cuanto haya un error manifiesto del administrador al apreciar lo que el interés público demanda.

Esta conclusión aparece como la más acertada en una situación como la que nos encontramos analizando, por cuanto balancea en forma adecuada las prerrogativas de la Administración y los intereses del particular contratante en no ser avasallado por el poder público, accediendo a un proceso justo en casos de abuso.

No mediando en este caso el impedimento competencial del caso anterior (incumplimiento, *supra*, 2.1), normas como el art. 63 del TOCAF, que prevé aumentos y disminuciones en las prestaciones, se presentan como perfectamente ajustadas a derecho. Es atribución propia de la función administrativa y no de la jurisdiccional el determinar el alcance del interés público⁴³, no obstante lo cual es requisito que entendemos imprescindible, que la potestad de la Administración derive en forma explícita de una regla de derecho, pues como ya hemos analizado (y la conclusión no cambia en esta modalidad de resolución), jamás habrá una potestad implícita de extinguir vínculos negociales.

Es preciso destacar, aquí más que en ningún otro sitio, la suma importancia que el control jurisdiccional de la actividad administrativa tiene en nuestro tiempo, y que también tiene amplio alcance en esta modalidad de resolución por el solo motivo del interés público. En efecto, la previsión expresa de tal potestad –única forma, reiteramos, de que ella pueda operar en este caso– no exime al poder administrador de utilizar-

39. Hacemos nuestras las palabras de *Gordillo*: “es necesario advertir que el interés público estatal está constituido por una serie de valores diversos; y que entre éstos, el valor justicia debe siempre anteceder al valor conveniencia. Lo que ‘conviene’ a la Administración o al Estado, en caso de ser ‘injusto’, no es un auténtico ‘interés público’; el interés público-conveniencia, cuando es antepuesto erróneamente al interés público-justicia, lleva en sí el germen de la destrucción de todos los intereses comunitarios; incluso la misma conveniencia material” (véase “Tratado de Derecho Administrativo”, t. II, Ed. Macchi, Bs. As. 1986, ps. XIV-44 y XIV-45).

40. *Sayagués Laso*, op. cit., ps. 576 y 577.

41. *Brito*, “Extinción de la concesión”, en Aspectos administrativos en las leyes de urgencia y de presupuesto, Mdeo. 2002, p. 230 y 231.

42. *Waline*, “Plaidoyer pour le pouvoir discretionnaire”, en Estudios de Derecho Administrativo cit., p. 525.

43. Esta aseveración, si bien es válida como principio general, no debería establecerse como regla absoluta: ya hemos visto la competencia judicial en materia de intereses difusos (*supra*, 2.5). Por otra parte, no otra cosa que determinar el alcance del interés general hace el Poder Judicial –Suprema Corte de Justicia– al juzgar en los procesos de inconstitucionalidad de la ley: “la Corte está habilitada para apreciar –en ese caso respecto a los artículos 7 y 32– si la ley cumple con la exigencia de fin: ser dictada por razones de interés general” (Sentencia citada por *Risso Ferrand*, op. cit., p. 455).

lo dentro de los límites que la razonabilidad impone, siendo decisivo el contralor de la arbitrariedad por parte de una función estatal distinta de la administrativa.

Detrás de la habitual renuencia a someter los actos administrativos al control jurisdiccional, se esconde por cierto una honda raíz cultural que valdría la pena revisar. Es parte de lo que, en España, Tomás-Ramón Fernández describió como “la pesada herencia de la separación de poderes”: para la cultura europea occidental (en la que nos incluimos), la división de poderes se entendió, desde la Asamblea Constituyente francesa de agosto de 1790, como una separación radical, abiertamente favorable a una exención judicial del Poder Ejecutivo. Exención que, “paliada a medias por una justicia administrativa nacida y desarrollada a contramano”, como sugiere el referido autor, ha propiciado una cultura jurídica, la latina, diferente a la anglosajona, así como un modo distinto de valorar el papel del Estado y el Derecho en el seno de la sociedad. En ésta, donde la separación de poderes se interpreta en su sentido primigenio, las sociedades no están absorbidas por el Estado, sino que se autorregulan por vía contractual, en el marco de leyes que sólo se limitan a prohibir lo manifiestamente indeseable, siendo por ende sociedades más espontáneas y plurales⁴⁴.

Por el contrario, en nuestra cultura, concluye Fernández que “el Estado monopoliza [incluso] la propia definición del interés general y hace de esa definición algo jurídicamente indiscutible. Todo lo que no coincida con esa definición apriorística que las autoridades estatales se reservan es puro interés particular, cualquiera que sea la intensidad o la extensión con la que se presente o sea sentido, pues, incluso cuando una y otra son grandes, todavía se dispone de una expresión que sea suficiente para descalificarles y negarle toda posibilidad de competir con el interés previamente definido de forma oficial como general: puro corporativismo”⁴⁵.

En consecuencia: no habrá jamás una prerrogativa de la Administración para extinguir vínculos contractuales derivada de supuestas cláusulas exorbitantes. Sí existirá tal potestad en la medida en que una regla de derecho se la atribuya en forma expresa (por lo que puede figurar en el propio contrato, art. 23 lit. a del decreto-ley 15524), y siempre y cuando esa norma no vulnere principios constitucionales establecidos en materia de competencia, como acontece en materia de resolución por incumplimiento.

IV. CONCLUSIONES

Las opiniones vertidas en este sucinto trabajo pretenden ser una reflexión sobre conceptos clave en el derecho administrativo, cuya precisión juzgamos de vital importancia pues, según la postura que se adopte, estará en juego la visión misma que el jurista tenga en lo que respecta al papel que debe desempeñar la Administración en las sociedades modernas.

No se nos escapa que tal vez no hayamos llegado a cumplir satisfactoriamente, como hubiéramos deseado, el designio trazado al comienzo de este trabajo (*supra*, I), esto es, llegar a un concepto acabado de lo que debe entenderse por “interés público” o sus diversas variantes. Pero si bien no se llegó a una solución, entendemos útil de todos modos haber planteado al menos el problema, sin perjuicio de ulteriores reflexiones que al respecto puedan hacerse.

Nos consta, por otra parte, que muchas de las ideas expuestas en las líneas precedentes no cuentan con el recibo doctrinal ni jurisprudencial mayoritario. Pero juzgamos con Jaime Rodríguez-Arana que quizás “la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario (...), hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su ‘status quo’, debe estar plena y exclusivamente a disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública”⁴⁶.

Por ello entendemos que nuestra posición constituye la forma de lograr realmente que la organización administrativa esté al servicio de los administrados, como bastión garantista de sus derechos impercederos, y no como estructura arbitraria que responda, bajo los ropajes del interés público, a las conveniencias del gobernante de turno.

44. Véase Fernández, “Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional”, Ed. Palestra, Lima 2006, ps. 333, 334 y 341.

45. Fernández, op. cit., p. 341.

46. Rodríguez-Arana, “La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)”, en Rev. de Derecho de la UM, año IV (2005), n° 7, p. 90.