

Los aforismos latinos en los contratos administrativos

Gabriela Di Lella¹

1. Abogada. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Abierta Interamericana. Investigadora. Autora y expositora de temas de su especialidad.

Planteo de la cuestión

En el campo del Derecho Administrativo, cuando investigamos sus fuentes u orígenes, nos remontamos a la Revolución Francesa y al concepto de Estado de Derecho y de división de poderes. Sin embargo, más allá de que estas directrices han nutrido directamente dicha rama del derecho, también encontramos estrecha relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Romano.

En este marco, si bien reconocemos origen de ciertos institutos de nuestro actual Derecho Administrativo en el campo del Derecho Romano, con más razón podemos adentrarnos a analizar los aforismos jurídicos latinos que se encuentran dentro del área.

El objeto de este trabajo busca ahondar en los aforismos presentes dentro de la teoría general de los contratos administrativos, delimitando nuestro estudio a los siguientes: *pacta sunt servanda*, *ius variandi* y *rebus sic stantibus*.

Los contratos administrativos resultan un tema central dentro del Derecho Administrativo, su celebración apunta a la satisfacción del interés público que, por excelencia, está a cargo del Estado. Los mencionados contratos se analizan y estudian bajo parámetros distintos a los contratos civiles y comerciales, toda vez que se encuentran regulados por regímenes de derecho público con cláusulas exorbitantes al derecho privado.

Ciertamente, las características mencionadas exceden la igualdad y la libertad de las partes al contratar y convierten a la Administración en el órgano capaz de dirigir, modificar o extinguir unilateralmente el contrato.

En efecto, es posible establecer una clasificación con sustento en las etapas del contrato administrativo y, en ese entendimiento, podríamos hablar de la existencia de tres: procedimiento de contratación, de ejecución y de extinción del contrato.

En esta presentación me referiré a la etapa de ejecución de los contratos administrativos, y analizaré los tres aforismos mencionados *Ut. Supra*, los cuales tienen amplia recepción en el Derecho Administrativo. En este punto, pondremos el foco en el origen de los mismos y en su aplicación efectiva en la actualidad, con la convicción de que el contraste de los aforismos estudiados en períodos históricos distintos resulta funcional para clarificar su interpretación.

La recepción romanista en el plano jurídico contractual

El referirnos al Derecho Administrativo como una rama que comienza a gestarse a partir de la Revolución Francesa constituye una teoría muy arraigada en nuestro campo.

Si bien a partir de allí se sistematizan ciertos principios que hacen a una teoría general, podemos afirmar que su origen encuentra un vínculo estrecho con el Derecho Romano.

El Derecho Administrativo varía de acuerdo con la concepción filosófica que tengamos de Estado, sumado a la característica de resultar un derecho eminentemente local, razón por la cual resulta complejo considerar una evolución histórica del mismo. A partir de allí, el nacimiento de teorías que tratan de establecerlo como una categoría histórica en sí misma².

2. Cfr. CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6° Ed, 1998, p. 103-105.

Al respecto, puede afirmarse que el Derecho Romano conoció y reguló muchas de las instituciones actuales del Derecho Administrativo: el uso de suelo, la división entre bienes patrimoniales y bienes públicos, la construcción de obras públicas, entre otras.

Con respecto a los contratos dentro del Derecho Romano, estos se constituían como una fuente de las obligaciones. Sin embargo, los romanos no nos otorgaron un concepto de contrato. Si bien en la actualidad todo acuerdo de voluntades reviste naturaleza contractual «esto no ocurría en el Derecho Romano, desde que no todo acuerdo de voluntades extrañaba un contrato, sino sólo aquellos convenios a los que la ley les atribuía el efecto de hacer nacer obligaciones civilmente exigibles, es decir, protegidas por una actio.»³

Nos enseña Di Pietro⁴ que en el antiguo *ius civile* la mera conventio o el *pactum* no engendraban obligaciones jurídicas, sino que para que tal situación ocurriera resultaba necesario que la convención sea sometida a un rito o solemnidad formal que le otorgue carácter jurídico. Con posterioridad, en el Derecho Romano imperial, se admitirá que ciertos pactos gocen de protección jurisdiccional, y en el Derecho Romano bizantino se le dará a la voluntad (*consensus*) un valor más genérico en la fuente contractual, aunque no del modo en el cual actualmente nos lo representamos.

El término “pacto” (*pactum*) en el Derecho Romano también ha tenido una evolución, en un primer momento refería a aplazar o desligarse de una obligación.

Posteriormente encontramos la figura del “*pacta adiecta*” y referirá a todo aquello que se integre e incorpore al contrato. En el caso de estos pactos en los cuales el mismo disminuyera la obligación contraída, el pretor seguirá la regla de la equidad y la regla “*pacta convata servando*”.

De lo analizado, ya se asentaban las bases que darían lugar al aforismo *pacta sunt servanda*. En este sentido, destaca Rafael Bernad que los orígenes más estrictos de este aforismo o principio hunden sus raíces dentro del Derecho Romano y pueden atribuirse a un fragmento del jurista Javoleno quien, en el Digesto, señala que los contratos tienen fuerza de ley por tratarse de un acuerdo pactado.⁵

El principio *pacta sunt servanda* en el sentido general conocido como “los contratos han de cumplirse”, ha sido confirmado a través del tiempo por la tradición jurídica admitiéndose como un verdadero principio general común a todos los contratos.

Se refiere a una acepción más amplia en comparación con la romana que solamente contemplaba un sistema de número cerrado de los contratos, es decir, constituían contratos aquellos que gozaban de la protección de una acción.

La antigua locución y principio mediante el cual los contratos deben ser cumplidos y las partes deben sujetarse a ellos como la ley misma, encuentra también aplicación dentro de los contratos administrativos. En este caso, adquieren características y delimitaciones propias en virtud de las prerrogativas estatales predominantes que los caracterizan.

El *pacta sunt servanda* dentro de los contratos públicos representa seguridad jurídica

3. ARGÜELLO, L.R., *Manual de Derecho Romano: Historias e instituciones*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 3° Ed 10° reimp., 2004, p. 297.

4. DI PIETRO, A. Y LAPIEZA ELLI, Á., *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, 4° Ed, 1996, p. 283.

5. cfr. BERNAD, R., COVID-19 y *Derecho Romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda*, RIDROM on line, 26-2021, ISSN 1989-1970, p. 234.

para los particulares que quieran contratar con el Estado. La pervivencia de este aforismo dentro de los contratos que el Estado celebre en ejercicio de su función administrativa debe ser especialmente protegida para resultar generador de confianza legítima. En épocas de normalidad y mientras el interés público subsista, su vigencia podrá considerarse la regla.

Sin perjuicio de ello, pueden ocurrir circunstancias en las cuales la normalidad se altere, el interés público se modifique y resulte conveniente modificar la ejecución de estos contratos. Es en este punto cuando abrimos paso a otros dos aforismos que mantienen vigencia: *ius variandi* y *rebus sic stantibus*.

Cuando nos referimos al aforismo *ius variandi*, volvemos a remontarnos a Roma, en donde en el régimen de obligaciones, dentro de la obligación alternativa el deudor podía ejercerlo eligiendo la prestación entre dos o más objetos establecidos disyuntivamente.

El principio de mutabilidad o *ius variandi* aparece en el esquema de los contratos administrativos como una instrumentación para introducir los permanentes cambios durante la etapa de la ejecución de los contratos administrativos para mejor satisfacción del bien común que persigue el obrar estatal.

Se trata del poder que tiene la Administración en su carácter de comitente para modificar un contrato o ciertos elementos o aspectos de la relación contractual sin necesidad del consentimiento del particular cocontratante, es decir, se diferencia particularmente de un contrato regido por el Derecho Privado en virtud de esta exorbitancia que detentan los contratos administrativos, tal el caso del *ius variandi*.

Por su parte, el aforismo *rebus sic stantibus* también representa una causal que inspira y motiva modificaciones en los contratos administrativos, por lo cual entra en conflicto con el *pacta sunt servanda*.

Para hacer mención a su origen, se ha identificado dentro del Digesto un fragmento de Africano, en donde manifiesta que los estipulantes están obligados a cumplir lo prometido «solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación.»⁶

Sin perjuicio de este indicio que permite dar cuenta de que los cumplimientos debían ser siempre y cuando se mantuvieran las circunstancias originarias, en opinión general se indica que el Derecho Romano no conoció la cláusula *rebus sic stantibus* propiamente dicha, la cual se delinearán con posterioridad.

Será a partir de la Edad Media, con la labor de los glosadores y los posglosadores y por la influencia canonista, que se reconozca más estrictamente el valor de la cláusula *rebus sic stantibus*, en tanto supone que las prestaciones debidas en el contrato deben mantenerse siempre y cuando las cosas se mantengan siendo lo que eran al contratar.

En materia de contratos administrativos, esta cláusula implica que cuando las circunstancias se han modificado abruptamente por causales ajenas a las partes al punto de romper el equilibrio económico financiero en comparación a las condiciones bajo las cuales se impulsó la contratación, puede el Estado proceder a su modificación, renegociación y/o extinción contractual.

Este desequilibrio económico puede acaecer con mayor frecuencia e intensidad en contextos de emergencia tales como la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del covid-19, la cual deriva en necesidades constantes de adecuaciones contractuales.

6. D. 46, 3, 38.

«Como puede apreciarse, en tiempos de COVID-19, esta figura puede mostrarnos toda su valía y convertirse, como tantas otras veces lo hizo en la historia, en una importante herramienta que se activa en momentos de crisis para permitir un soft landing y para que a través de ese aterrizaje pausado y gradual se encamine una nueva normalidad del *pacta servanda sunt*, oportunidad en la que el *rebus sic stantibus* volverá a sus cuarteles, en espera y en guardia, para servir en las próximas crisis y emergencias.»⁷

Conclusión

En materia de contratos administrativos, observamos la forma en la cual perviven los aforismos latinos, los cuales son reiterados y delimitados tanto por la jurisprudencia como por los dictámenes de los organismos consultivos y de control.

Los aforismos que hasta aquí hemos tratado entran en conflicto en nuestra órbita administrativista, mucho más aún, en contextos de emergencia: por un lado, el *pacta sunt servanda* y, por el otro, aquellas prerrogativas de exorbitancia con las cuales cuenta el Estado para introducir cambios contractuales ya sea porque el interés público lo exige o bien, por haberse alterado las condiciones originarias en las cuales se contrató.

Sentado ello, resulta preciso concluir que la doctrina del *ius variandi* – *rebus sic stantibus* constituyen una cuestión de permanente actualidad que merece ser tratada a la luz de la labor desarrollada desde tiempos remotos en orígenes romanos.

Bibliografía

Argüello, L.R. (2004). *Manual de Derecho Romano : historias e instituciones*. 3ª ed. Buenos Aires : Astrea.

Bernad, R. (2021). COVID-19 y Derecho Romano : raíz y configuración romana del principio *pacta sunt servanda*. En: *Ridrom online*. 2021(26):209-307.

Cassagne, J.C. (1998). *Derecho administrativo*. 6ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Chibán, J. G. (2020). Peste, Estado y secuelas. En: *Emergencia sanitaria global : su impacto en las instituciones jurídicas*. Buenos Aires : Rap. pp.65-83.

Di Pietro, A; Lapieza Elli, Á. (1996). *Manual de Derecho Romano*. 4ª ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot.

Fernández Ruiz-Gálvez, E. (2016). La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus* : génesis y evolución de un principio jurídico. En: *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos*

7. CHIBÁN, J. G. «Peste, Estado y secuelas» en BARRA, R. Y PLAZA, M. (Dir), *Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1a ed. Compendiada, Rap, 2020, p.73.

Humanos. (74):291-318.

Mieli, L. (2012). Derecho administrativo y Derecho Romano. En: *Revista In Iure*. 2(2):69-86.

