

## Capítulo XI

# CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

## I. Introducción

### 1. Algunas premisas

#### 1.1. Objeto del análisis

En el cap. X hemos clasificado la actividad administrativa distinguiendo<sup>1</sup> el acto y el contrato administrativo.<sup>2</sup> El objeto del presente cap. es analizar este último para explicar sus rasgos generales y matices o grados de diferenciación jurídica

<sup>1</sup> *Supra*, cap. I.

<sup>2</sup> *Infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. IV. Como explicamos en el cap. I, no nos embarcamos en la búsqueda o negación de la “esencia” o “sustancia” de un vocablo jurídico. Sin embargo, una interesante controversia puede verse en nuestro medio entre MAIRAL, HÉCTOR A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655 y CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo,” *ED*, 180: 773; MAIRAL, “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849 y “La ideología del servicio público,” *RDA*, 14: 359 (Buenos Aires, Depalma, 1993); “La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano,” *ED*, 30-XI-00; “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (Dir), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, *LL*, 2004, pp. 3-18. Controversia en la cual hemos tomado posición (ver lo que dijimos en nuestro prólogo a la obra de MAIRAL, *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, *Res Pública Argentina*, RAP, 2007.) También nuestro artículo “La mutación del contrato administrativo,” en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Rap, 2007, pp. 835-8 y en [http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub\\_id=99&sid=1174&aid=19135&eid=25&NombreSeccion=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=19135&eid=25&NombreSeccion=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo). Nuestra conclusión en dicho artículo es “*El debate que iniciara MAIRAL ha concluido. Tenía razón. Hoy está demostrado en los hechos.*” Por cierto, a ello se suma la generalizada destrucción del Estado de Derecho que en ese artículo señalamos y que, contrariamente a toda previsión imaginable, continúa deteriorándose cada vez más. Ver también los diversos trabajos de COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La teoría general del contrato administrativo a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 98 y ss., nota 57 *in fine*; “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 111: 845; “El concepto de contrato administrativo,” en AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 166 y ss.

interna, que permitan a su vez ensayar subclasificaciones que mejor expresen tales distinciones. Debe quedar en claro, una vez más, que lo que aquí interesa es determinar el régimen jurídico concreto antes que calificaciones abstractas, aunque existe una importante producción jurídica al respecto que constituye la base de análisis de todo estudio: no estamos ante un abstracto intento de clasificación conceptual, sino ante la descripción del régimen jurídico existente, desde nuestro punto de vista, para entonces sí, como subproducto de algún modo marginal, proceder a la clasificación si hay más de un régimen jurídico como es el caso en el derecho argentino.

Históricamente el tema se ha enfocado y querido solucionar por la vía procedimental del sistema de selección del contratista estatal,<sup>3</sup> lo que hasta ahora no ha resultado eficaz en nuestro medio.<sup>4</sup>

A nuestro juicio, o más importante es a la *razonabilidad del objeto y precio* de la contratación, la *eficiencia* del gasto incurrido, la *equidad* de las tarifas, etc. Estos no son ya criterios de oportunidad o conveniencia, son *valores supra-normativos* respecto del derecho interno, son supralegales y supranacionales, *inmediatamente operativos*, como surge, entre otros textos, de la Convención Interamericana contra la Corrupción:<sup>5</sup> Por su nivel jerárquico dicha Convención

<sup>3</sup> Ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Buenos Aires, Depalma, 1975; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*, Buenos Aires, Depalma, 2000; FIORINI, BARTOLOMÉ y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública (Selección del contratista estatal)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972; DROMI, ROBERTO, *La licitación pública*, Buenos Aires, Astrea, 1975; GRECA, ALCIDES, *La licitación y el privilegio en los contratos administrativos*, Santa Fe, Univ. Nac. del Litoral, 1941; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *La licitación pública*, Montevideo, 1938; LÓPEZ-ELÍAS, JOSÉ PEDRO, *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*, México, D.F., UNAM, 1999; LUCERO ESPINOSA, MANUEL, *La licitación pública*, México, D.F., Porrúa, 1993; ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE, *La licitación pública en Costa Rica*, San José, UCR., 1975; BOQUERA OLIVER, JOSÉ M., *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, Madrid, IEP, 1963, p. 100; BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA, *Da licitação*, San Pablo, Bushatsky, 1978; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, "Licitação," San Pablo, RDT, 1980; VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Direitos dos licitantes*, San Pablo, Malheiros, 1994, 4ª ed.; FERRAZ, SÉRGIO y VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, San Pablo, 1995, 3ª ed.; ADILSON ABREU DALLARI, *Aspectos jurídicos da licitação*, San Pablo, Saraiva, 1992; SUNDFELD, CARLOS ARI, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1994; FERNANDES DE OLIVEIRA, RÉGIS, *Licitação*, San Pablo, RDT, 1981; MOTTA, CARLOS PINTO COELHO, *Licitação e contrato administrativo*, Belo Horizonte, Lê, 1990; *Apontamentos sobre legalidade e licitação*, Belo Horizonte, UCMG, 1982; *Eficácia nas licitações e contratos. Comentários. Jurisprudência e legislação*, 11ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2008; LOPES MEIRELLES, HELY, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, RDT, 1977; DAYRELL, CARLOS LEOPOLDO, *Das Licitações da administração pública*, Río de Janeiro, Forense, 1973; BRITTO, CARLOS AYRES, *O perfil constitucional da licitação*, Curitiba, ZNT, 1997; CITADINI, ANTONIO ROQUE, *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, San Pablo, Max Limonad, 1997, 2ª ed.; FERREIRA DE OLIVEIRA, IVO, *Diligências nas licitações públicas*, Curitiba, JM, 2000.

<sup>4</sup> En igual sentido LÓPEZ-ELÍAS, *op. cit.*, pp. 86-7.

<sup>5</sup> La problemática de la corrupción ha sido examinada en profundidad por MAIRAL, *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, *op. cit.*, quien dedica el Capítulo IV a la corrupción en la contratación administrativa (en las 4 etapas que menciona: la licitación pública, la ejecución del contrato, el pago y la solución final de las controversias.) Además de la Convención Interamericana contra la Corrupción, recordar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ley 26.097.

se halla por encima de la legislación nacional y desde luego de los reglamentos administrativos existentes, siendo el deber de la administración y de los jueces proceder a su *directa aplicación* en el orden interno, sin necesidad de otra consagración normativa interna. Con lo cual se produce un primer grave desfasaje entre las normas usualmente citadas y publicadas y el derecho supranacional directamente aplicable por encima de ellas.

## 1.2. *El sujeto de la contratación*

Es generalizado el punto de partida de que al hablar de contratos administrativos o contratos de la administración nos referimos en general como mínimo a contratos celebrados por una persona estatal.<sup>6</sup> La administración nacional centralizada o descentralizada, pero no personas jurídicas no estatales, sean ellas públicas o privadas.<sup>7</sup> Los contratos que celebran las personas públicas no estatales y las personas privadas que ejercen funciones públicas no suelen ser incluidos en dicha categoría, aunque existen excepciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.<sup>8</sup> Aquí vemos ya un primer matiz de indeterminación que hace a esta materia de los contratos administrativos particularmente difícil, aún sin considerar las limitaciones que surgen de la doctrina recordada *supra*, en la nota 2.

Aunque se les reconoce a veces que pueden dictar actos administrativos,<sup>9</sup> es más excepcional que se admita que celebren contratos administrativos. Ello no quita que en el régimen de concesiones y licencias de servicios públicos los prestadores de los servicios públicos estén sometidos a algunos requisitos propios de la contratación pública, notablemente la *publicidad* y la *licitación* como reglas<sup>10</sup> de sus contratos, la ausencia de subsidios cruzados, la realidad de la contratación, etc.<sup>11</sup> En el segundo caso se aplicarán frecuentemente los principios de la licitación pública, por lo que se imponen algunas consideraciones liminares al respecto, pues como se verá la relación contractual cambia mucho en uno y otro caso.

<sup>6</sup> *Fallos*, 316:212, *Cinplast*, 1993.

<sup>7</sup> Así BIELSA, MARIENHOFF, ESCOLA: COVIELLO, “La teoría general...,” *op. cit.*, p. 99, nota 2.

<sup>8</sup> En la opinión afirmativa BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 247 y ss.; es la excepción en la jurisprudencia: COVIELLO, *op. cit.*, p. 101 y ss., 104, 113, 114; *Fallos*, 304-I: 490, *Schirato*, 1982, con nota de BARRA, RODOLFO CARLOS, *LL* 1982-D, p. 351 y ss; si bien acá la CSJN reconoció que la relación contractual quedaba integrada, en uno de sus extremos, por el estado nacional, único responsable frente al contratista, sin embargo dicha regla encontraba excepción en el caso al haber actuado el ente contratante no estatal “por delegación de facultades a través de las entidades intermedias” —en el caso, una cooperadora escolar— la cual “obró gestionando intereses ajenos... para ayudar a la acción del Estado en uno de sus fines específicos, como lo es el velar por la educación primaria.” (Cons. 5º, 7º y 8º.)

<sup>9</sup> Desarrollamos el tema *infra*, t. 3, cap. I, § 11, “El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales;” §12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales,” pp. 11-25.

<sup>10</sup> O sea, como reglas que tienen excepciones.

<sup>11</sup> Ver *Fallos*, 306: 2040, 1984, *Dufour*; COVIELLO, *op. cit.*, p. 115, nota 48.

### 1.3. *La licitación pública y los pliegos*<sup>12</sup>

Solía ser afirmación corriente que la licitación pública no era un requisito de validez del contrato administrativo a menos que la ley lo exigiera,<sup>13</sup> lo cual constituía una petición de principio pues casi todas las normas legales lo hacen<sup>14</sup> y en cualquier caso la propia administración es remisa a contratar sin el techo protector de una licitación.<sup>15</sup> Sin embargo, no debemos pecar de ingenuidad y creer que ello cumple el requisito supranacional de *publicidad* que exige el art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción: esa publicidad requiere no solamente la publicación 1º del llamado, sino también 2º de la adjudicación y su monto y 3º del precio final que resulta de la ejecución total del contrato con sus modificaciones. Todo ello debe publicarse en el Boletín Oficial de la Nación y en Internet: Hay que utilizarla no para propaganda sino para difusión genuina de información útil.<sup>16</sup>

De allí no se sigue tampoco la consecuencia que frecuentemente la administración extrae, en el sentido de creer que puede poner en el pliego absolutamente cualquier privilegio estatal, aun el más arbitrario, sin que ello importe violación al orden jurídico. Esa opinión resulta insostenible, pues es obvio que los pliegos deben ser conformes a la legislación<sup>17</sup> y *a fortiori* a la Constitución; en la práctica, sin embargo, no se encontrarán casos de anulación de normas de pliegos de bases de licitaciones públicas. También deben ser conformes a los principios jurídicos de *equidad* y *eficiencia* que exige el mentado art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Un ejemplo son las normas por las que el licitante se autoconfiere el derecho a dejar sin efecto la licitación y no adjudicar a nadie, sin dar para ello razón o

<sup>12</sup> El desarrollo del tema lo realizamos *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. XII, “La licitación pública.”

<sup>13</sup> Una relación de la doctrina argentina en COVIELLO, *op. cit.*, p. 131, notas 82 y 84.

<sup>14</sup> El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional —aprobado por decreto 1.023/01, emitido en virtud de la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo dispuesta por ley 25.414— la establece como regla general (art. 24.)

<sup>15</sup> Lo explicamos en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Editorial Civitas, 1981. Es el mismo problema de inseguridad —justificada— que hace que el funcionario público no se anime por lo general a dictar decisiones que cuentan con dictamen jurídico adverso, o a apartarse de la más estricta interpretación semántica posible de la norma aplicable al caso. Su protección es decir que no. Decir que sí puede atraerle responsabilidad y cuestionamientos, decir que no, nunca.

<sup>16</sup> Debiera considerarse una obviedad la auténtica *publicidad* de todos los actos de gobierno, por cuanto la forma de gobierno republicana (art. 1), el principio de la soberanía del pueblo (art. 33) y los derechos de información (arts. 41 y 42), resultan imperativos constitucionales, consustanciados con ella. En la actualidad, diversas normas procuran incentivar la participación ciudadana, aun en el ámbito de las contrataciones públicas: *vgr.* arts. 8, 9, 10 y 19, decreto 1023/01; arts. 10 y 13, decreto 436/00; decreto 1172/03 de “Acceso a la Información Pública.” En ese sentido, no puede obviarse el decreto 229/00 que instrumenta la “Carta Compromiso con el Ciudadano” y la ley 25.188 de ética en el ejercicio de la función pública.

<sup>17</sup> Ver CSJN, *Espacio S.A.*, 1993, *Fallos*, 316-3: 3157, referenciado también en COVIELLO, *op. cit.*, p. 130.

fundamento alguno, ni tener los oferentes derecho siquiera al resarcimiento de los gastos incurridos, ni aun a la devolución del precio abonado por el pliego.<sup>18</sup>

Normas de ese tipo son tan claramente arbitrarias que no se puede entender cómo la justicia no las anula y las aplica por el supuesto voluntario sometimiento del oferente y el posterior *pacta sunt servanda*. En otras materias se han producido cambios que deberían hacerse extensivos a la licitación.<sup>19</sup> A la inversa, justo es reconocer que ello ocurre en materia de los contratos administrativos del segundo grupo o la categoría intermedia de la evolución, pues en las concesiones o licencias de servicios públicos de la última década del segundo milenio y comienzos del siglo XXI, se encuentra a veces la experiencia opuesta. Es necesario por todo ello explicar la caleidoscópica evolución del derecho administrativo argentino, que no responde tanto a una evolución conceptual sino a una *modificación de la realidad económica producto de cambiantes políticas económicas*.

## 2. La evolución del objeto contractual y su régimen jurídico

### 2.1. Época primigenia<sup>20</sup>

En la Argentina del siglo XIX y primeras décadas del XX, el contrato administrativo más importante era la concesión de servicios públicos,<sup>21</sup> cuya construcción se hizo en parte extensiva a otros contratos administrativos, aunque fueran de menor importancia y distinta realidad jurídica y económico-financiera.

<sup>18</sup> Solución que adopta el decreto 1023/01, art. 20 y decreto 436/00, art. 61, pero en ambos casos la normativa se refiere solo a los interesados u oferentes, lo que indicaría que el adjudicatario sí puede reclamar daños y perjuicios si la administración decide dejar sin efecto un llamado a licitación antes del perfeccionamiento del contrato.

<sup>19</sup> CSJN, *Fallos*, 318-2: 1154, *Video Club Dreams*, año 1995, *LL*, 1995-D, 247, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA: “Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams»),” *LL*, 1995-D, 243, en que uno de los votos de la Corte reconoce el hecho de que actos de acatamiento a la norma luego impugnada no “traducen una clara voluntad de someterse a las normas impugnadas en el *sub lite*. Por el contrario, dichos actos revelan —más bien— *la intención de no quedar marginada* del circuito de comercialización de videos” (cons. 6°). El criterio es hacer prevalecer la necesidad de no quedar excluido del negocio por sobre la supuesta voluntad de acatar el régimen en cuestión; debería también aplicarse en materia de licitación pública. La antigua jurisprudencia del “voluntario acatamiento” a las normas ilegales o irrazonables de la administración ha sido una de las fuentes más fructíferas de la corrupción administrativa. Sin embargo la jurisprudencia no cambia; más aún, a veces parece adquirir un nuevo impulso, como en *Fallos*, 327: 2905, *Cabrera, Gerónimo Rafael* (2004.) En efecto, la Corte rechazó —sin análisis de la cuestión de fondo— el planteo de invalidez constitucional de las normas que establecieron la indisponibilidad y pesificación de los depósitos bancarios a fines de 2001, ya “que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico sin expresa reserva determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional” (cons. 5°). Para peor, la ley de emergencia 25.344 faculta discrecionalmente a rescindir contratos sin pagar la indemnización ordinaria, lo cual es un claro instrumento de potencial extorsión, en manos de los funcionarios políticos. Las normas reglamentarias han introducido, en buena hora, una cierta restricción: decreto 1.116/00 y res. 48/00, *B.O.* 5-I-01, pp. 9-10.

<sup>20</sup> Para una relación histórica más lejana, en el derecho comparado, ver FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, *Derecho administrativo. Contratos*, México, D.F., Porrúa, 2000, pp. 1-23, 25-56.

<sup>21</sup> La historia se habría de repetir al final del siglo XX tanto para la concesión como para la licencia.

## 2.2. *Época intermedia, de las nacionalizaciones*

Con las reservas producto de la segunda posguerra mundial el Estado argentino dedicó los fondos a estatizar grandes sectores de la economía: Así creció también el número de contratos de obras públicas y suministros, que no son aplicables en la concesión de servicios públicos. Estos contratos pasaron a ser las figuras contractuales dominantes del derecho administrativo. En cambio, el contrato de concesión de servicios públicos quedó olvidado, carente de referencia empírica. El régimen de los contratos administrativos de esta época fue siendo modificado en forma progresiva, tanto legislativa como jurisprudencialmente, alejándolo cada vez más de la concesión de servicios públicos con la cual ya poco tenía que ver.

## 2.3. *La reforma del Estado*

A partir de 1989 el sector público de la economía se reduce en virtud de la privatización sistemática y con él los contratos que celebraba el Estado cuando tenía un rol activo en la economía: obra pública, suministro, concesión de uso del dominio público, etc. Aparecen ahora otra vez como manifestación fundamental de la contratación administrativa, las concesiones y licencias de servicios públicos, generalmente en condiciones de monopolio o exclusividad.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Ver SALOMONI, JORGE LUIS, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, UBA y Ciudad Argentina, 1996; AA.VV., *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos Jurídicos, financieros y técnicos*, Caracas, EJV, 2000; BIELSA, RAFAEL, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1937; BLONDEAU, ANGE, *La concession de service public*, París, Dalloz, 1933; COMTE, PHILIPPE, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public. Un aspect de l'évolution du droit public contemporain*, París, Sirey, 1934; FANELLI EVANS, GUILLERMO E., "Las subvenciones en las concesiones de obra y de servicios públicos," en AA.VV., *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. VI; GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *La teoría del servicio público*, Madrid, Reus, 1923; GONZÁLEZ VERGARA, ARIEL, *La concesión, acto administrativo creador de derechos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965; LÓPEZ PELLICER, JOSÉ A. y SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ L., *La concesión administrativa en la esfera local*, Madrid, IEAL, 1976; ORIANNE, PAUL, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruselas, Larcier, 1961; ORTIZ, EDUARDO, "Aspectos legales de las concesiones ferrocarrileras," *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 27 (San José, 1975); PEÑA VILLAMIL, MANUEL, *La concesión de servicios públicos*, Asunción, Lapacho, 1957; PICCIRILLI, RODOLFO, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1936; PISIER-KOUCHNER, EVELYNE, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, París, L.G.D.J., 1972; RAMOS, JUAN P., *Ensayo jurídico y social sobre la concesión de servicios públicas*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1937; ROMERO PÉREZ, *Apuntes sobre el servicio público*, San José, Ed. Univ. de Costa Rica, 1978; SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., "Noción y elementos del servicio público," en AA.VV., *Los servicios Públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 12; *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, pp. 243-4, nota 243, recordando a la Sala III en *Edesur c. ENRE* (1996): "el principio del informalismo en favor del administrado no puede ser invocado por la recurrente con la misma intensidad que pudiera hacerlo en general otro interesado;" SILVA CENCIO, JORGE A., *Servicio público y concesión de servicios*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1980; VÁZQUEZ FRANCO, GLADYS, *La concesión administrativa de servicio público*, Santafé de Bogotá, Temis, 1991; IV CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen jurídico de la concesión de servicio público*, Buenos Aires, imprenta "Artes Gráficas," 1936; INSTITUTO DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

Los regímenes jurídicos de los contratos del sector público de la economía en la época anterior y la presente,<sup>23</sup> no son ni pueden ser los mismos, pues ha cambiado mientras tanto toda la relación económica subyacente.

## 2.4. *La reforma constitucional*

### 2.4.1. *El art. 42*

La reforma constitucional de 1994 refuerza los presupuestos constitucionales tradicionales de los servicios públicos prestados bajo condiciones de monopolio o exclusividad. Es el efecto conjunto de la reforma del Estado, primero,<sup>24</sup> y de la reforma constitucional, después, lo que obliga a una revisión de las clasificaciones de los contratos administrativos. La reforma constitucional, bueno es recordarlo, prevé en el art. 42 que los servicios públicos monopolizados de hecho o de derecho deben ser regulados y controlados por entes independientes con participación de los usuarios,<sup>25</sup> la tutela de cuyos derechos e intereses deben procurar. Por ahora tanto el legislador como el Poder Judicial incumplen esta norma.

### 2.4.2. *Continuación. El art. 76*

Al propio tiempo, el art. 76 prohíbe la delegación al Poder Ejecutivo Nacional y por ende la subdelegación que éste viene habitualmente haciendo en órganos subordinados.<sup>26</sup> Con el transcurso del tiempo debe progresivamente desaparecer esa reglamentación subdelegada de las Secretarías y desde luego también la del Poder Ejecutivo, puesto que no se trata aquí de una materia interna de la administración sino de los derechos de los usuarios. Aquí, son los tres poderes del Estado que se hallan remisos en cumplir y hacer cumplir el nuevo principio constitucional. Distinto es cuando el Congreso invoca una real emergencia pública y hace la delegación con este alcance, como fue el caso de las leyes 25.414 del año 2001 (derogada por ley 25.556) y 25.561 del año 2002, cuya vigencia ha sido objeto de sucesivas prórrogas por las leyes 25.820, 25.972, 26.077, 26.204 y 26.339. Aún en esta ley la delegación es efectuada al Poder Ejecutivo y no parece

<sup>23</sup> Quizás pueda hablarse de una cuarta etapa de la contratación pública en Argentina, la que necesariamente acompañaría al nuevo rol prestador del estado en materia de servicios públicos, al que hacemos referencia *infra*, t. 1, cap. XV, “Los entes reguladores,” § 2. La rescisión de la concesión del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales a la empresa Aguas Argentinas SA (decreto 303/06) y la adjudicación del mismo a la estatal Agua y Saneamientos Argentinos SA (decreto 304/06), marcaron el comienzo de una tendencia transitoria a un mayor protagonismo del estado en la economía y en la gestión directa de los servicios públicos. Luego le siguieron otras estatizaciones como la de Aerolíneas Argentinas pero, en lo esencial, todavía subsiste el modelo de privatización.

<sup>24</sup> UGOLINI, DANIELA P., “El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos,” *ED*, 148: 869.

<sup>25</sup> Ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2006, 3ª ed. ampliada y actualizada, comentario al art. 42, § 3.5, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 468-9; 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, pp. 592-3; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5.

<sup>26</sup> *Supra*, cap VII, § 13.3.

incluir la facultad de subdelegar. En los hechos se lo hace de todas maneras, e incluso se observan actuaciones de secretarios de Estado y autoridades inferiores en restricción a los derechos individuales, por cierto totalmente ilegales y también inconstitucionales.

#### 2.4.3. *El rol de los entes reguladores*

De acuerdo al nuevo esquema constitucional solamente los entes previstos en el art. 42 tienen tales facultades reglamentarias, en virtud de la ley del respectivo marco regulatorio; por ahora ello no ha llegado a la realidad.

Deberán dictarse tales leyes e instrumentarse los respectivos entes en los servicios otorgados bajo concesión en condiciones monopólicas o de exclusividad y que todavía carecen de ellos o los tienen creados por Decreto; en su defecto la justicia deberá aplicar en forma directa el texto constitucional, supliendo la omisión legislativa.

### 3. *Un punto de inflexión en el desarrollo del contrato administrativo no monopólico o exclusivo*

#### 3.1. *La nacionalización de los servicios públicos concedidos*

Ya dijimos que la idea de “servicio público” despertó casi siempre una resonancia a necesidad pública, bien común, etc. y llevó a soluciones para restringir las potestades del prestador, que además tenía y tiene mayor poder que el propio gobierno, en favor de la protección de los usuarios del servicio, representados por el poder público concedente. Eso fue el pasado distante, casi remoto, pero que produjo muchas teorías y principios: relaciones especiales de sujeción, facultades unilaterales administrativas de modificar las modalidades de prestación del servicio, etc.

Ante la dificultad de controlar tales monopolios o privilegios y al amparo de nuevas teorías económicas, en las décadas del '30 al '90 del siglo XX el contrato de concesión de servicios públicos dejó de ser el contrato administrativo por antonomasia que era a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX y pasó, en apariencia, al desván de los recuerdos. Los Estados decidieron tomar a su cargo la prestación, nacionalizando o estatizando los servicios prestados por particulares y creando al efecto diversas formas de empresas públicas: es la época del florecimiento de múltiples tipos de formas jurídicas por las cuales el Estado realizaba estas actividades.<sup>27</sup>

Se redujo al mínimo la figura de la concesión de servicios públicos o incluso se la eliminó del plano de la experiencia. Fue la época del máximo desarrollo

<sup>27</sup> Una descripción de esta antigua historia se puede encontrar en nuestro art. “El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina,” *LL*, 141: 1030 (1971), reproducido en el libro de ANDRIEU, PEDRO ENRIQUE, *Empresas públicas*, Buenos Aires, Macchi, 1975, cap. XII, pp. 681-724.

histórico del Estado de Bienestar, la planificación, el Estado como sujeto activo de la economía, etc.<sup>28</sup>

### 3.2. *El crecimiento del sector público y su contratación*

Al crecer el sector público de la economía, fueron cobrando creciente importancia, tanto en número como en montos, una serie de contratos administrativos que antiguamente no eran igualmente frecuentes: contratos de obras públicas, de suministros, etc. La importancia cualicuantitativa del sector público de la economía<sup>29</sup> era del orden del 50% del producto bruto nacional, lo que provocaba un parecido crecimiento de sus formas de contratación, entre otros fenómenos de aquel entonces.<sup>30</sup> Ya hemos adelantado que a principios del siglo XXI se produce un pequeño resurgimiento de aquella vieja tendencia.<sup>31</sup>

Alrededor de ellos se construyó el nuevo régimen de los contratos administrativos de esa generación. La concesión monopólica o exclusiva de servicios públicos había quedado en el pasado, sin referencia empírica. La lucha de esta época fue, a la inversa de la anterior, tratar de reducir los privilegios que se había reservado al Estado concedente para tutelar los derechos de los usuarios. Ahora los usuarios eran los “administrados” del propio Estado y los terceros sólo ocasional y limitadamente se veían afectados por los contratos estatales ahora frecuentes.

Esta variación de contratos reales significó, para los nuevos contratos de mayor frecuencia de utilización, un cambio de encuadre en los problemas que los juristas debían analizar y fue produciendo una variación en los principios con los cuales se habrían de enfocar en esa época, tales problemas de los contratos del Estado.

No estando de por medio el “servicio público” y la obligación de preservar los derechos de los usuarios cautivos, tanto en la prestación del servicio como en la tarifa monopólica, se fueron morigerando o incluso eliminando muchos de los caracteres clásicos de la concesión de servicio público de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

<sup>28</sup> Exponemos el tema en el cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” § 1.2 y señalamos su bibliografía en la nota 1.4 de ese cap.

<sup>29</sup> A cual dedicamos buena parte de los esfuerzos de nuestros primeros veinte años de investigación, 1960-1980: *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966; *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967; *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, O.E.A., 1967; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Ed. conjunta de la Agencia para el desarrollo (A.I.D.) y Macchi, México y Buenos Aires, 1973; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1981. Ver también una detallada enumeración de los servicios públicos prestados directamente por el estado a principios de la década de 1980 en MAIRAL, *La ideología...*, op. cit., pp. 391-2.

<sup>30</sup> P. ej., lo explicado en nuestro art. “Algunos problemas jurídicos de la actuación internacional de las empresas públicas argentinas,” *RADA*, 11: 42 (Buenos Aires, 1976.)

<sup>31</sup> Un repaso de la situación de esta cuestión en la actualidad puede consultarse en BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, Tomo I, Cap. VII, pp. 672-99.

Ello nos llevó a la década del 90 del siglo XX, con un doble desfase: estaba bien desarrollada la teoría<sup>32</sup> y la experiencia de contratos administrativos que ya no tienen tanta importancia práctica (obra pública, suministro); había quedado en cambio casi olvidada la jurisprudencia y doctrina constitucional de interpretación de las concesiones y licencias monopólicas o exclusivas.<sup>33</sup> Pero ambos regímenes subsisten y conviene no confundirlos: aplicar a unos los caracteres jurídicos del otro sería un error importante de derecho.

#### 4. La evolución de la doctrina de los contratos de la administración

Esas marchas y contramarchas de la contratación estatal y su régimen jurídico no son sólo propias de nuestro país.

##### 4.1. La negación de la categoría de los contratos administrativos<sup>34</sup>

En una primera orientación, la más antigua, se interpreta que todos los contratos celebrados por la administración —una persona estatal— con sujetos privados de

<sup>32</sup> Ampliar y comparar en ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, 2 vols.; BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, 2ª ed., p. 189 y ss.; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Contratos administrativos*, Caracas, EJV, 1992; ARIÑO ORTIZ, GASPAS, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo,” en AA.VV., *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, op. cit., cap. VI; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española,” *RAP*, 23: 193 (Madrid); DI RENZO, FRANCESCO, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1969; FLAMME, MAURICE, *Les marchés de l'Administration*, Bruselas, 1955; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La figura del contrato administrativo,” *RAP*, 41: 99 (Madrid, 1963); HAINAUT, JEAN PIERRE y JOLIET, RENÉ, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, Bruselas, 1963; INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Contratación administrativa*, Montevideo, FCU, 1989; JEZE, GASTÓN, *Les contrats administratifs*, París, Marcel Giard, 1934, 4 vols.; LAMARQUE, JEAN, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, L.G.D.J., 1960; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; MODERNE, FRANK y DELVOLVÉ, PIERRE, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, París, LGDJ, 1983, 2ª ed.; MARTINEZ LÓPEZ MUÑIZ, JOSÉ LUIS, *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias*, obra y lugar citados; MONTORO PUERTO, MIGUEL, *Contratos administrativos atípicos*, Madrid, ENAP, 1969; PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL Y IV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Contratos públicos*, Mendoza, 1978; RICHER, LAURENT, *Les contrats administratifs*, París, Dalloz, 1991; ROEHRSEN DI CAMMERATA, GUGLIELMO, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1967; ROMERO PÉREZ, *Los contratos del Estado*, San José, EUED, 1989; ALVAREZ GENDÍN, SABINO, *Los contratos públicos*, Madrid, Reus, 1934.

<sup>33</sup> El interés se ha reabierto con motivo de estos contratos “redescubiertos.” Ver la polémica MAIRAL—CASSAGNE: *supra*, nota 1.2.

<sup>34</sup> Un desarrollo del tema en HAINAUT y JOLIET, op. cit., t. II, p. 70; FROMONT, MICHEL, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, París, 1960, p. 188; GIACOMETTI, Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1960, t. I, p. 442; ESTORNINHO, MARÍA JOÃO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990. Pero la doctrina alemana no es pacífica: HELFRITZ, HANS, *Verwaltungsrecht*, Hannover, 1949, p. 43 y la cuestión es terminológica: si se parte demasiado rígidamente de que un contrato supone igualdad entre las partes, puede entonces decirse que la administración no “contrata.” BREWER CARÍAS, op. cit., p. 15, quien recuerda a MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1949, t. I, p. 27 y ss.

derecho están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay allí una categoría nueva de contratos, además de los privados. Esta es p. ej. la solución clásica de la doctrina alemana, donde sin embargo se admite la categoría del contrato interadministrativo, que es el celebrado entre distintas administraciones.

#### 4.2. *La negociación del contrato civil de la administración*

Los autores norteamericanos se refieren a los contratos “del gobierno” dando por sentado que, dentro de una miríada de normas, jurisprudencia y costumbres especiales, de todos modos existe una única categoría genérica de contratos de la administración.<sup>35</sup> También hay un derecho común de las contrataciones de los organismos internacionales.<sup>36</sup> Si bien existen abundantes referencias a la contratación privada en el sector público estatal,<sup>37</sup> básicamente no hay un contrato puramente privado de la administración, pero sí distintos tipos de regímenes jurídicos de contratos del Estado, con mayores o menores elementos de derecho público.<sup>38</sup>

#### 4.3. *La distinción clásica entre contratos civiles y administrativos*

En una segunda forma tradicional de ver la cuestión se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. Es claro que la distinción está emparentada con otras: acto civil y acto administrativo, dominio privado

<sup>35</sup> WHELAN, JOHN W., *Federal Government Contracts. Cases and Materials*, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 1985, p. 1 y ss.; MITCHEL, J. D. B., *The Contracts of Public Authorities. A Comparative Study*, Londres, G. Bell and Sons Ltd., 1954; PUGLIESE, FRANCESCO PAOLO, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti D'America (Government Contracts)*, Padua, Cedam, 1974; SANTA MARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1903, 6ª ed., p. 714.

<sup>36</sup> WESTRING, GÖSTA, *Adquisiciones internacionales de bienes y servicios. UNITAR y CCI*, Washington, Banco Mundial, 1987. En el caso de las contrataciones de empréstito público hechas por un país bajo su propia ley soberana, la solución tradicional es considerarlo parte del poder tributario del Estado; cuando el contrato se celebra y ejecuta en el exterior se rige, en cambio, por el derecho y la jurisdicción comunes de ese lugar. Comp. FERNÁNDEZ RUIZ, *op. cit.*, cap. XVI, § 1, “El contrato de empréstito público,” pp. 367-73. Sobre el régimen jurídico aplicable en las contrataciones públicas gestionadas por las unidades ejecutoras del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) puede consultarse: DUBINSKI, GUIDO, “La constitucionalidad de las contrataciones del Estado gestionadas por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y su oponibilidad al Régimen Aduanero Argentino,” *LL*, 2007-C, 1002.

<sup>37</sup> Ver en especial RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Administraciones públicas y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

<sup>38</sup> Ver, así, nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, 1ª ed., pp. 48-9; 2ª ed., pp. 166-7; en este t. 1, 1ª ed., 1974, cap. VI, pp. 5-6. Dice BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 15, “el centro de discusión está ahora, en la diferenciación de los diversos tipos de contratos que celebra la Administración;” “En realidad, toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración. Todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado.” “Por otra parte, no se presenta este régimen como uniforme en los llamados contratos administrativos, pues varía según los cuerpos normativos que regulan cada figura contractual” (pp. 52-3.)

y público, etc., como ya lo explicamos.<sup>39</sup> Una primera diferencia con el criterio anterior es que supone que realmente existe el contrato puramente civil del Estado. El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país e incluso la época de que se trate. En esta posición hay una suerte de idea implícita de que el contrato civil fuera lo normal y el contrato administrativo lo excepcional, sobre todo porque una vez identificado el segundo como tal, quedará sometido a las reglas especiales del derecho administrativo antes que a las del derecho común. A su vez, en los casos no previstos se recurrirá analógica o supletoriamente al resto del derecho administrativo antes que al derecho civil o comercial, cuestión esta última harto compleja que requiere un cuidadoso estudio en cada caso.<sup>40</sup>

#### 4.4. *Continuación. Los tres supuestos clásicos de contrato administrativo*

Según este criterio descriptivo un contrato de la administración puede ser “administrativo” por una cualquiera de las siguientes razones.<sup>41</sup>

##### 4.4.1. *Determinación de la ley*

El primer caso —tradicional y unívoco en la jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada— es aquél en que el carácter administrativo del contrato surge por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común.

Sin duda es un pleonasma, ¿pero no lo es acaso toda definición? (En todo caso, la aplicación de este criterio sólo es posible dentro del ámbito espacial de vigencia de la ley que así caracteriza al contrato. No podría aplicárselo, pues, a contratos celebrados y ejecutados en el exterior.)<sup>42</sup> Tal sería el caso del contrato de obra pública (ley 13.064), la concesión de obra pública (decreto-ley 17.540/72, modificado por la ley 23.696),<sup>43</sup> el contrato de suministros (decreto 436/00), la contratación de servicios de consultoría (decreto-ley 22.460) y el contrato de

<sup>39</sup> En el cap. VIII, “Relaciones del derecho administrativo,” de este primer vol.

<sup>40</sup> La Corte tiene dicho que “son de aplicación a los actos administrativos, por analogía, las disposiciones sobre nulidades del Código Civil” [...] *Fallos*: 295:165, año 1976, *La Superiora. Bodegas, Viñedos y Olivares S.A.*, “lo que significa que no hay subsidiariedad sino simple adecuación a las modalidades propias del derecho que rige aquellos actos” (301:292, *Meridiano*, 1979; 311: 2385, *Almacenes Del Plata SAC*, 1988; COVIELLO, *op. cit.*, pp. 131-2; CASSAGNE, “Principios del derecho administrativo en un fallo de la Corte,” *ED*, 83: 444.)

<sup>41</sup> LAUBADÈRE, “Contratos de la administración: caracteres y diferencias.” AA.VV., *Contratos públicos*, *op. cit.*, pp. 38-43; LAUBADÈRE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de Droit Administratif*, París, LGDJ, 1992, t. I, 12ª ed., pp. 653-65. Ver VÁZQUEZ, ADOLFO ROBERTO, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, cap. III y ss.

<sup>42</sup> O sea, los contratos de crédito externo.

<sup>43</sup> Ver p. ej. FANELLI EVANS, *La concesión de obra pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1989; BARRA, “La concesión de obra pública en la ley de reforma del Estado,” *RAP*, 136: 9 (Buenos Aires, 1990); nuestro art. “La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por concesión,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. II; ASSINI, NICOLA y MAROTTA, LUCIO, *Le concessione di opere pubbliche*, Padua, Cedam, 1981.

empleo público (ley 25.164),<sup>44</sup> si es que se reconoce carácter contractual a la relación que une al funcionario o empleado con el Estado;<sup>45</sup> las concesiones o licencias de servicios públicos de gas, electricidad, etc., de acuerdo a sus respectivos regímenes legales.<sup>46</sup>

#### 4.4.2. *Voluntad de las partes*

El contrato también puede ser administrativo por determinación expresa o implícita de las partes,<sup>47</sup> aun en ausencia de un texto legal expreso que lo califique de administrativo. Se dice que ello ocurre cuando la administración contrata bajo un régimen de “cláusulas exorbitantes” al derecho común, esto es, régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado.<sup>48</sup> Si la administración contrata:

1°) bajo un procedimiento de derecho público como es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuesto por la administración en forma unilateral;

2°) incluye cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, etc.);

3°) se exime asimismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos, salvo el reconocimiento de intereses reducidos;

4°) excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato;

5°) da carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratistas en su caso (la provisión de bienes, obras o servicios a los concesionarios o licenciatarios), etc.

En tales casos la conclusión es obvia: se interpreta por simple pleonasma que el contrato ha quedado automáticamente, por la propia voluntad de las partes contratantes, sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración.<sup>49</sup> Lo expuesto no adelanta la validez de tales cláusulas exorbitantes al derecho común.

<sup>44</sup> Ampliar *infra*, cap. XIII; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (Dir), *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 11-8.

<sup>45</sup> Ver BARÓ, DAISY L., *La relación de empleo público*, Buenos Aires, FDA, 1982; ILDARRAZ, BENIGNO, “Las nuevas modalidades en el ejercicio de la función pública,” en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, *op. cit.*, cap. VII.

<sup>46</sup> La ley reguladora del ENRE es la 24.065 (B.O. 16-I-92); la otra ley reguladora, del gas, bastante similar, es la 24.076 (B.O. 12-VI-92.)

<sup>47</sup> Ver el debate MAIRAL – CASSAGNE, *op. cit.*, *supra*, nota 2, donde también referenciamos y consignamos nuestra propia opinión al respecto.

<sup>48</sup> Ver BARRA, *Principios de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 166 y ss. y sus remisiones.

<sup>49</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 284-5 y 287; el criterio se mantiene en LAUBADÈRE; VENEZIA y GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, *op. cit.*, pp. 653-65; WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1963, 9ª ed., p. 572.

#### 4.4.3. *El interés público de los usuarios afectados*

Por fin, aunque un contrato celebrado en ejercicio de funciones administrativas públicas no esté incluido en el derecho público por disposición de la ley (§4.4.1.) ni por la voluntad expresa o implícita de las partes al incluir cláusulas exorbitantes al derecho privado (§4.4.2.), puede todavía ser un contrato administrativo si se refiere en forma directa a la prestación o al funcionamiento de un servicio público (p. ej., el contrato de concesión o licencia de servicios públicos) o en cualquier caso si tiene por objeto directo de algún modo asociar (*lato sensu*: concesión, licencia, permiso, gerenciamiento, subcontratación de obras, suministros o servicios, etc.) al contratante privado a la gestión de un servicio público.<sup>50</sup>

En nuestro país tanto la jurisprudencia como *a fortiori* la doctrina han tendido a utilizar formas más amplias pero en definitiva menos precisas y puntuales, diciendo que la caracterización como contrato administrativo requeriría nociones tales como las de fin o interés público, o utilidad pública, o que pueda afectar una necesidad o fin público o de bien común.<sup>51</sup>

Parece una aclaración superflua. Sería lo mismo que incluir en la definición de acto administrativo, reglamento administrativo o función administrativa, el “fin público.” Si el emisor del acto o del contrato es una entidad estatal, ésta sólo puede perseguir fines públicos.

Están allí los contratos de concesión y permiso de uso del dominio público, guiados por la cláusula, usualmente expresada en los pliegos, llamada de “precario;” los tribunales se han resistido a calificar de ilegal una cláusula de tal índole,<sup>52</sup> por la vieja idea del supuestamente “voluntario” sometimiento a un régimen reglamentario.

En la concesión o licencia de servicios públicos, el privilegio que supone su otorgamiento por el Estado, en restricción al principio de libre competencia, sólo es compatible con la Constitución si se interpreta el contrato en forma restrictiva.<sup>53</sup> Ello incluye en particular el control de los costos<sup>54</sup> para la formación de

<sup>50</sup> LAUBADÈRE, *op. loc. cit.*; LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. loc. cit.*

<sup>51</sup> BERÇAITZ, *op. cit.*, 1952, 1ª ed., p. 214; 1980, 2ª ed., p. 206 y ss.; una exposición general en COVIELLO, *op. cit.*, p. 102 y ss. La Corte menciona el mismo criterio finalista, pero dice en otros casos que siempre el Estado actúa por definición en la prosecución del fin público; o que el mero fin público no determina el carácter del contrato. En la primera línea los *obiter dicta* de Fallos 253:101, *Empresas Rodríguez*, año 1962; 263: 510, *Cooperamet*, 1965; 316: 212, *Cinplast* (1993), más el caso *YPF c. Provincia de Corrientes*, 315: 158, 1992 y otros no publicados que reseña el mismo COVIELLO, p. 110 y ss. En la segunda 270: 446, *Albano*, 1968.

<sup>52</sup> Ver así GRECCO, CARLOS M. y MUÑOZ, GUILLERMO A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992. Un saludable cambio, que ojalá persista, se advierte en *Vera González*, CSJN, *Fallos*, 319-2: 1899, 1996, *DJ*, 1997-1, 914, en que se exige para la revocación “la existencia de motivos serios y razonables que lo justifiquen,” más dictamen jurídico previo. Ver *infra*, t. 3, cap. IX, § 4.5.2, “La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo.”

<sup>53</sup> Ver nuestro art. “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” *LL*, 1995-A, 217 y sus referencias; reproducido en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. III.

<sup>54</sup> Reales, no imaginarios; justificados, no absurdos. Por supuesto, el control de costos de las empresas en libre competencia es una rémora inconstitucional del Estado intervencionista y regulador.

la tarifa.<sup>55</sup> Por lo mismo, deben interpretarse en forma amplia las causales de caducidad del privilegio de exclusividad o de la concesión misma.<sup>56</sup>

## 5. La gradación de los diversos contratos de la administración

### 5.1. No hay sólo dos categorías de contratos de la administración

Sea que se admita una gradación en la globalidad de los contratos de la administración, o que se distinga los contratos *privados* de la administración de los contratos que son *administrativos* alternativamente por la disposición expresa o implícita de la ley, la voluntad expresa o implícita de las partes, o el objeto del contrato,<sup>57</sup> hay siempre distintos regímenes jurídicos. En suma pensamos básicamente que no hay dos categorías de contratos, sino toda una gama:

a) contratos celebrados por la administración en un virtual pie de igualdad *jurídica* con otro sujeto de derecho público o privado —la compraventa de inmuebles—, o incluso,

b) en situación de desventaja: el contrato de crédito externo;<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Ver el ya citado fallo de la Sala IV *in re Telintar S.A., LL*, 1995-A, 220 y los demás antecedentes reseñados en la CSJN, en el voto de BOGGIANO y VÁZQUEZ en *Telintar S.A., LL*, 1997-B, 320; ARIÑO ORTIZ, *Las tarifas de los servicios públicos*, Universidad de Sevilla, 1976; BUZELAY, ALAIN, *Vérité des prix et services publics*, París, LGDJ, 1971; MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos*, San Pablo, 1941.

<sup>56</sup> DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN MIGUEL, *El incumplimiento en la concesión de servicios públicos*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1947; GRECCO Y MUÑOZ, *op. cit.*; SILVESTRI, ENZO, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milán, Giuffrè, 1956; VALLE FIGUEIREDO, *Extinção dos contratos administrativos*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1986.

<sup>57</sup> Hay otros criterios: a) el formal: si se ha hecho licitación pública y hay un pliego de condiciones habría contrato administrativo; b) el criterio de la jurisdicción, de acuerdo al cual si corresponde la jurisdicción “contencioso-administrativa” el contrato es administrativo, etc.

<sup>58</sup> Nuestro art. “El contrato de crédito externo,” en la *Revista de Administración Pública*, 97: 423 (Madrid, 1982), reproducido en el libro colectivo *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. II, p. 187 y ss. y en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. IV. Ver también ECK, FRANÇOIS, *L’État emprunteur et prêteur*, París, PUF, 1971. Actualmente nos encontramos en *default* por el falseamiento del INDEC y sin acceso al crédito externo.

En este contrato se ha llegado a que el dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación aceptando la validez del contrato —elemento interno de validez— se suscriba en el exterior, buscando el reaseguro externo de la validez del contrato. La existencia de un completo dictamen elaborado o suscrito *in situ* por el máximo organismo de asesoramiento letrado del país, explicando desarrolladamente la validez del contrato y sus cláusulas, tiene por efecto que el país no puede luego de buena fe invocar una supuesta violación del derecho público interno argentino ante un tribunal extranjero. Ver el ejemplo publicado en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1863-1993*, *op. cit.*, p. 198 y el art. de LÓPEZ OLACIREGUI, MARTÍN y RODRÍGUEZ GALÁN, ALEJANDRA, “El rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los convenios económico-financieros internacionales,” igual libro, p. 176 y ss. y *RDA*, 15-16: 235 (Buenos Aires, Depalma, 1994), aunque no contiene el referido anexo; en nuestro antes citado art. incluimos como anexo del libro colectivo, tomado textualmente del Boletín Oficial de la Nación, el *modelo* de dictamen que más antiguamente se debía suscribir. El mecanismo se halla ahora más perfeccionado.

Ver también ZUPPI, ALBERTO LUIS, “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública,” *LL*, 1992-D, 1118 y *supra*, cap. VI, § 1.4.2.2 y cap. IV, § 3.1.

o *c*) con ligeras notas de derecho público a favor de la administración (el subsidio, la subvención o subsidio,<sup>59</sup> la donación ) y, por fin,

*d*) contratos en que aparece un *crescendo* de potestades y privilegios estatales: locación y concesión o permiso de uso del dominio privado o público del Estado, contrato de suministro<sup>60</sup> y de obra pública,<sup>61</sup> relación de empleo público;<sup>62</sup> concesiones de obras públicas, concesiones y licencias de servicios públicos, contrato de empréstito público interno.<sup>63</sup>

Clásicamente se ha buscado explicar notas generales comunes a estos distintos regímenes jurídicos, pero debe tenerse cuidado en advertir que no se trata de una suerte de inducción empírica válida de reglas generales de las cuales luego se pueda deducir su aplicación a un caso concreto, sino que es tan sólo una generalización de tipo didáctico, ilustrativo.<sup>64</sup>

El régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado, interpretado claro está conforme a los principios generales del derecho. Es la versión que adoptamos en 1966 en nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*<sup>65</sup> y que reproducimos inalterada en el libro colectivo *Contratos administrativos*.<sup>66</sup>

Parte de la doctrina recogió esta idea, en el sentido que “en esta categoría de contratos, es necesario puntualizar que los mismos no tienen, en absoluto, un régimen uniforme de preponderancia de derecho público. No encontramos en todos ellos las mismas cláusulas exorbitantes ni las mismas normas de derecho público.”<sup>67</sup>

<sup>59</sup> Ver p. ej. SCHEUING, DIETER HELMUT, *Les aides financières publiques aux entreprises privées en droit français et européen*, París, Berger-Levrault, 1974. Este mecanismo ha vuelto a comienzos del siglo XXI entre nosotros como forma de congelar las tarifas de los servicios públicos y los precios de las empresas y productores privados, pero ante la grave distorsión económica que produjo su aplicación discrecional y sin controles de ninguna índole se comienza tardíamente en el año 2009 a desmantelarlo, no por genuina convicción de política económica sino por necesidad impuesta por la realidad de las cuentas públicas deficitarias, la carencia de crédito externo, la extraordinaria deuda pública, el *default*, etc.

<sup>60</sup> Ver entre otros ABERASTURY, PEDRO, “El contrato de suministro,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 311 y ss.

<sup>61</sup> Ver, entre otros, DRUETTA, RICARDO, “El contrato de obra pública,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 316 y ss.

<sup>62</sup> BARÓ, *op. cit.*; DOCOBO, JORGE, “La relación jurídica de empleo público,” en el libro colectivo antes citado, p. 188 y ss.

<sup>63</sup> Ver nuestro art. “Emergencia residual en la deuda pública interna. (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991),” *LL*, 1995-C, 839, reproducido en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. V y sus remisiones bibliográficas actuales e históricas.

<sup>64</sup> Nos remitimos a *supra*, cap. I; ver también *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS; previamente se editaron la versión inglesa y francesa: *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au Droit*, ambas con prólogo también de SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>65</sup> Buenos Aires, Macchi, 1966.

<sup>66</sup> Edición originaria de la A.A.D.A., Buenos Aires, 1977, luego reimpressa por Astrea, t. I, Buenos Aires, 1982, pp. 9-19.

<sup>67</sup> BREWER CARIÁS, *op. cit.*, p. 51.

## 5.2. La clasificación en tres categorías. En general

Otra forma de ver la cuestión es distinguir al menos tres tipos principales de regímenes jurídicos de contratos celebrados por la administración.

1º) algunos más próximos a la esfera del derecho privado, con un virtual pie de igualdad entre las partes, sin ser con ello totalmente contratos privados.

2º) otros, con regímenes intermedios que tomaron forma y crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del siglo XX.

3º) los contratos que tienen un régimen más severo para el contratista en función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquél presta en condiciones monopólicas o de exclusividad.

Esto es así más claramente desde el proceso de reforma del Estado iniciado con las leyes 23.696 y 23.697<sup>68</sup> y sobre todo con la sanción del art. 42 de la Constitución nacional<sup>69</sup> y normas concordantes.<sup>70</sup> En esta visión de tres grandes grupos de contratos de la administración: 1º) los primeros tienen mayor dosis de derecho común, 2º) los segundos se rigen por un derecho administrativo de coordinación o cooperación y 3º) los últimos están sometidos a un derecho administrativo más estricto, de subordinación. El caso 2º) puede surgir de la determinación expresa o implícita de la ley o de la voluntad de las partes; sus eventuales efectos frente a terceros son limitados y puntuales en el tiempo. En el caso 3º) el régimen jurídico emerge de la interpretación constitucional restrictiva del monopolio o privilegio de servicio público y de la consecuente necesidad de tutelar el derecho del usuario, privado de libertad de contratación.<sup>71</sup> Allí los efectos frente a terceros son sustantivos, *constantes y permanentes*; son la nota principal que tipifica el contrato y constituye la causa fáctica y jurídica a las limitaciones que el orden jurídico impone al prestador del servicio, como lo requiere el art. 42 de la Constitución. De allí que la CICC exija expresamente la *equidad* como un principio jurídico rector de la contratación administrativa: la equidad debe serlo tanto en lo que hace a la tarifa como a los demás derechos e intereses del usuario que prescribe la norma constitucional. En la categoría intermedia de un contrato administrativo de cooperación jurídica, puede existir o no subordinación económica del contratante, en tanto que en la tercera categoría hay máxima

<sup>68</sup> UGOLINI, "El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos," *op. loc. cit.*

<sup>69</sup> "Los consumidores y usuarios [...] tienen derecho [...] a la protección de su(s) intereses económicos [...] a la libertad de elección. Las autoridades proveerán [...] a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales [...] previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control."

<sup>70</sup> P. ej., la tutela del usuario frente a los concesionarios o licenciatarios en condiciones de monopolio o exclusividad surge también del art. 86 de la Constitución (el Defensor del Pueblo); de la ampliación del amparo frente a particulares en el art. 43; de la tutela del ambiente en el art. 41, etc.

<sup>71</sup> El art. 42 de la CN refuerza la jurisprudencia previa, como explicamos en "La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios," *op. cit.*

subordinación jurídica del contratante pero éste se halla dotado de un poder económico y político equiparable o superior al de la administración. Ocurre con esta última categoría de contratos algo parecido, pero de sentido contrario, a lo que es la interpretación clásica del contrato de trabajo: ante la subordinación económica del obrero o empleado, el derecho busca compensar esa desigualdad atribuyendo mayor tutela jurídica al empleado que al empleador.<sup>72</sup>

En el contrato que confiere monopolio o exclusividad estatal, ante el mucho mayor poder económico y político del contratista, que además tiene por concesión o licencia del Estado un mercado de usuarios cautivos y forzosos, se torna indispensable conferir mayores poderes y facultades al usuario.<sup>73</sup>

### 5.3. *Los contratos próximos al derecho común, interno o externo*

Ya hemos explicado<sup>74</sup> que en la primera categoría, contratos de la administración regidos por el derecho común, hay de todas maneras alguna presencia del derecho público, ya que por de pronto la regla para juzgar la aptitud contractual del Estado no es la capacidad del derecho privado sino la competencia del derecho administrativo. Es necesario también haber cumplido con determinados requisitos jurídicos previos a la contratación que son parte del derecho público y no del derecho privado (dictamen jurídico previo del organismo permanente de asesoramiento letrado; en ocasiones, autorizaciones o aprobaciones de determinados órganos del Estado; como regla, el procedimiento de licitación o concurso público previo a la contratación.)<sup>75</sup> De todas maneras, es del caso mencionar que algunos contratos en apariencia más “privados” en cuanto al objeto tienen en realidad normas sustantivas de derecho público.<sup>76</sup> Dentro de los contratos de la administración regidos en alguna medida por el derecho privado, los hay que lo están al amparo del derecho privado *interno* (compraventa de inmuebles

<sup>72</sup> “La idea central en que el Derecho [...] se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.” RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162.

<sup>73</sup> Ello, para contrarrestar el creciente afán negociador de sus potestades por las administraciones públicas. Ver HUERGO LORA, ALEJANDRO, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 1998.

<sup>74</sup> Entre otras, *Introducción al derecho administrativo*, 1ª ed., *op. cit.*, pp. 48-9; 2ª ed., *op. cit.*, pp. 166-7; 1ª ed., en 1974, del t. 1 del *Tratado de derecho administrativo*, cap. VI, pp. 5-6, § 3.3.4; 2ª ed. de 1994, igual referencia; en sentido similar DROMI, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, 3ª ed., p. 208; del mismo autor, “Contratos de la Administración: régimen jurídico unitario,” *Rassegna dei Lavori Pubblici*, n° 11, Roma, noviembre de 1977, separata, p. 10; BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pp. 42-5.

<sup>75</sup> Similares consideraciones en BREWER CARÍAS, *op. cit.*

<sup>76</sup> Nuestro art. “El contrato administrativo de concesión minera,” *JA*, 1980-IV, 714; reproducido en *Contratos administrativos*, t. II, Astrea, 1982, pp. 49-60; “La caducidad de la concesión minera: hacia una concepción publicista de la concesión de minas,” en *Jurisprudencia Riojana*, julio-agosto de 1980, p. 22 y ss.; “Hacia una concepción publicista de la concesión de tierras,” *RADA*, 11: 27 (Buenos Aires, 1976.)

ubicados en el país)<sup>77</sup> y los que están sometidos al *derecho privado extranjero*: una compraventa de inmuebles ubicados en otro país, celebrada y ejecutada en él; un contrato de crédito celebrado y cobrado por el país o una agencia de él y cobrado e instrumentado en otro país.<sup>78</sup> En este último caso lo usual es en realidad que las condiciones las imponga en buena medida el acreedor.<sup>79</sup> Allí el deudor no tiene supremacía económica ni jurídica. La situación del deudor es la misma que tiene cualquier deudor en un contrato de crédito privado (operaciones de crédito bancario o financiero, hipotecas, etc.) En el caso del Estado, aun en tales hipótesis hay límites de derecho interno, p. ej. que la renuncia a la inmunidad soberana sobre los bienes del país no alcanza a los del dominio público incluidos en el art. 2340 del Código Civil.<sup>80</sup> Pero el contrato celebrado y ejecutado en el extranjero se rige por la legislación y jurisdicción del lugar de celebración y ejecución del contrato.

#### 5.4. *El contrato de derecho interno con relativa subordinación económica del contratista al Estado*

En el tipo de contrato regido claramente por el derecho administrativo pero en que no hay otorgamiento de concesiones o licencias de monopolio, exclusividad o privilegio frente a terceros, el que contrata con la administración *no sólo está a veces en una situación de inferioridad económica sino que también lo está desde el punto de vista jurídico*.<sup>81</sup> Lo dicho acerca de la relativa subordinación económica del contratista es válido en algunos contratos: suministros, pequeños o medianos contratos de obra pública, empleo público, subvención, subsidio, concesiones y permisos de uso del dominio público y privado del Estado, empréstito público interno. El régimen del contrato administrativo, en esta categoría de contratos, no trata de compensar la eventual inferioridad del co-contratante, sino que por el contrario la acentúa.

#### 5.5. *El contrato de derecho interno con subordinación del usuario al contratista y supremacía económica de éste*

Hay así una notoria diferencia jurídica entre los contratos en que la administración confiere al titular de una concesión o licencia un monopolio o exclusividad

<sup>77</sup> No debe olvidarse que siempre hay normas especiales de derecho público que deben cumplirse para la compra o venta de un bien inmueble del Estado.

<sup>78</sup> Nuestro art. "El contrato de crédito externo," *op. cit.* En igual sentido, LALIVE, PIERRE, *Réflexions sur l'État et ses contrats internationaux*, Ginebra, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1976, p. 16 y sus referencias de la nota 11; ECK, *op. loc. cit.*, LÓPEZ OLACIREGUI y RODRÍGUEZ GALÁN, *op. loc. cit.*; ZUPPI, *op. loc. cit.*

<sup>79</sup> Aunque LÓPEZ OLACIREGUI y RODRÍGUEZ GALÁN destacan el creciente rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en la mejora de las cláusulas de los contratos, *op. cit.*, p. 177 y ss.

<sup>80</sup> LÓPEZ OLACIREGUI y RODRÍGUEZ GALÁN, 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1863-1993, pp. 188-9.

<sup>81</sup> Comp. BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 219.

frente a los usuarios, de los contratos en que el contratista no tiene privilegios monopólicos sobre los usuarios forzosos, ni el contrato tiene efectos jurídicos sustanciales sobre terceros.<sup>82</sup> Los efectos frente a terceros *no* se encuentran en los contratos próximos al derecho privado, pero tampoco son dato tipificante en los contratos administrativos de la época intermedia: obra pública,<sup>83</sup> suministro, función pública. Por ello ese tipo de efectos no puede ser una caracterización apta para *todos* los contratos administrativos. En esta óptica, cuando la administración confiere con suficiente autorización legal potestades de monopolio o exclusividad sobre los usuarios, es una condición de equilibrio constitucional del poder concedido o licenciado monopólicamente, que exista tutela suficiente y adecuada del interés de los usuarios cuyos derechos y deberes se ven afectados o modificados por el poder monopólico concedido.<sup>84</sup> Ese monopolio, en efecto, se traduce en un grado de subordinación jurídica del co-contratante respecto de la administración que requiere compensación. El régimen jurídico debe asegurar la protección del usuario y su defensa contra el potencial abuso de poder monopólico del concesionario o licenciatario: pero ello requiere un Estado equilibrado en su presupuesto.<sup>85</sup>

## II. Los tres grandes tipos de contrato administrativo, en particular

### 6. La concesión o licencia de servicios públicos

Los caracteres que veremos ahora fueron creados con relación al contrato de concesión de servicios públicos, extensibles a la licencia de servicios públicos y

<sup>82</sup> Pueden existir efectos puntuales sobre terceros, p. ej. la facultad expropiatoria en las concesiones mineras, la ocupación temporánea y la contribución de mejoras en el contrato de obra pública (BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pp. 49-50); pero un prestador de servicio público hace *todo* eso y además *siempre* cobra a *todos* los usuarios, una tarifa de difícil control. Nada tienen que ver los excepcionales efectos frente a terceros de algunos contratos administrativos clásicos con la *generalidad y permanencia* de los efectos de un servicio prestado bajo monopolio o exclusividad.

<sup>83</sup> En las obras públicas de la provincia de Buenos Aires la ley autoriza al contratista, si existe un porcentaje de vecinos que están de acuerdo en la realización de la obra, a percibir de ellos parte del costo en concepto de contribución de mejoras. Pero este tipo de efecto puntual y en una sola vez no tiene comparación alguna con la situación del usuario del servicio público. Lo mismo puede decirse de la facultad expropiatoria y de ocupación temporánea del concesionario de minas, si se lo considera contrato administrativo como por nuestra parte lo hacemos, aunque esta calificación no es aceptada en la doctrina nacional de derecho minero. Ver nuestro art. "El contrato administrativo de concesión minera," *op. loc. cit.*

<sup>84</sup> BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 213. Hoy en día cabe agregar, desde luego, al indispensable ente regulador independiente que explicamos *infra*, cap. XV, "Los entes reguladores."

<sup>85</sup> En estos casos el acreedor es a veces más poderoso que el Estado local, a través del gobierno extranjero que lo representa. Las concesiones y licencias, por la magnitud de la inversión generalmente son otorgadas a un conjunto de corporaciones multinacionales, asociadas para un solo contrato, de las cuales una o más son empresas públicas de otros Estados. Al momento de renegociar la deuda y también antes y después, tales países inquieran acerca del estado de sus contratos de concesión o licencia y a veces obtienen beneficios que la realidad internacional impone. Si el Estado no tiene equilibrio fiscal y debe vivir del crédito internacional, ve reducidas sus potestades sobre sus concesionarios o licenciatarios.

a la concesión de obra pública; su fundamento<sup>86</sup> es la tutela de los derechos e intereses de los usuarios del monopolio o exclusividad otorgada por el Estado.<sup>87</sup> Ese fundamento se amplía con el art. 42 de la Constitución de 1994. Principios paralelos se elaboraron para el contrato de empréstito público *interno*, al que muchos niegan por ello carácter contractual aun cuando no se trate de un empréstito público forzoso. El fundamento de estas restricciones en el contrato de empréstito público interno, a lo largo de toda la historia de otros países y del nuestro, ha sido generalmente el estado de necesidad pública.<sup>88</sup> Ante el marcado e inmediato efecto negativo sobre el mercado de algunas estatizaciones como la de los fondos de jubilaciones y pensiones de las AFJP en el año 2008, ahora algunos empréstitos internos celebrados con los bancos locales se renegocian con alguna presión estatal, pero al final de cuentas se renegocian de común acuerdo. Es el caso, en el año 2009, de los llamados préstamos garantizados, mayormente en manos de bancos locales.<sup>89</sup>

### 6.1. Necesidad de autorización legislativa

Sólo el Congreso puede dar concesiones de monopolio o privilegio. Tal como dice MARIENHOFF su otorgamiento “es, siempre, de competencia *legislativa*,”<sup>90</sup> “Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay «privilegios» implícitos.”<sup>91</sup>

Este principio se halla indirectamente violado cuando la ley autoriza al P. E. nacional a hacer todo el proceso de otorgamiento, fijar bases y condiciones, etc. A partir del art. 76 de la Constitución de 1994 se trata de una atribución legislativa que no puede ya delegarse al P. E. por no tratarse de cuestiones in-

<sup>86</sup> Comp. PRITZ, “La concesión de servicios públicos,” en AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 230 y ss.; MAIRAL, “El servicio público,” igual libro, p. 143 y ss.; SALOMONI, “Regímenes de los bienes públicos en las concesiones o licitaciones de servicio público,” igual obra, p. 302 y ss.; CITARA, *El servicio público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995; BARRA, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público,” *LL*, 1982-B, 363; SARMIENTO GARCÍA, “Noción y elementos del servicio público,” *op. cit.*, p. 9 y ss.; *Concesión de servicios públicos, op. cit.*

<sup>87</sup> MAIRAL ha criticado un sesgo ideológico en esa antigua interpretación constitucional: “La ideología del servicio público,” *RDA*, 14: 259 (Buenos Aires, Depalma, 1993) y nuestro comentario opuesto en “La interpretación...,” en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. III.

<sup>88</sup> Nuestros arts. “La emergencia administrativa argentina de 1989-1992,” en el *Libro de Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz*, San José, Costa Rica, Colegio Santo Tomás de Aquino, 1994, p. 433 y ss.; “El estado actual del derecho administrativo,” *RDA*, 14: 300-2 (Buenos Aires, Depalma, 1993), reproducido en nuestro libro *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. I; “Legalidad y urgencia en el derecho administrativo,” en la *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica y Asociación Costarricense de Derecho Público, San José, 1981, p. 289 y ss.; reproducido en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. VI.

<sup>89</sup> Ver JUAN CERRUTI, “Tras el éxito local, lanzan el tramo internacional del canje,” *El cronista*, Buenos Aires, 29 de enero de 2009, p. 3; nota de redacción “Oficial: canje de la deuda tuvo una aceptación del 97%,” *Ámbito financiero*, 29 de enero de 2009, p. 3.

<sup>90</sup> *Op. cit.*, p. 624.

<sup>91</sup> *Op. cit.*, p. 626.

ternas de administración. A mayor abundamiento, cuando el P. E. o sus órganos dependientes interpretan o modifican cláusulas del pliego o del contrato *en favor* del concesionario o licenciataria están excediendo el marco constitucional de competencia. Si lo hacen sin previa audiencia pública la inconstitucionalidad es mayor.<sup>92</sup> Ello ocurrió con cierta frecuencia a finales del siglo XX, y a comienzos del siglo XXI se produjo el fenómeno inverso, con el total congelamiento de las tarifas de los servicios públicos. Ante la consiguiente desinversión de los concesionarios primero se recurrió a la inversión estatal y luego, en el año 2009, hubo de comenzar a restablecerse el equilibrio tarifario, aunque con graves falencias de implementación. Es un proceso en constante evolución, pero lo cierto es que la prestación privada de los servicios públicos ha vuelto para quedarse.

## 6.2. Interpretación restrictiva de sus potestades y amplia de los derechos de los usuarios

La interpretación restrictiva de todos los derechos y potestades del concesionario o licenciataria, es la única manera de preservar la constitucionalidad del privilegio o monopolio que se le confiere en contra de las reglas de la libre competencia que consagra la Constitución.<sup>93</sup> Como lo recuerda la Sala IV de la CNFed. CA,<sup>94</sup> es un principio de antigua data aquel conforme al cual: “las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo (confr. doct. de Fallos 105:26).”<sup>95</sup>

En efecto, “Esa forma de interpretación cobra sentido al resultar indispensable que los privilegios o monopolios se funden en el interés colectivo, única y exclusiva razón que los legitimaría y los haría encuadrar dentro del marco constitucional, debiéndose tener presente, además, que el monopolio o privilegio debe limitarse a los servicios estrictamente indispensables, teniéndose siempre como mira la garantía de un fin público.”<sup>96</sup>

“En otras palabras, dicha interpretación encuentra su fundamento en que toda vez que el servicio público fue creado para satisfacer necesidades de la comunidad, la creación de monopolios o regímenes de exclusividad *nunca puede ir en detrimento de los usuarios.*”<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Ver *infra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública” y el principio de publicidad establecido en el art. III, inc. 5, de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

<sup>93</sup> Nuestro art. “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” *op. loc. cit.*

<sup>94</sup> *In re Telintar S.A. —incidente— y otros c/ Comisión Nac. de Telecomunicaciones —M° de Economía y OSP— s/ proceso de conocimiento*, LL, 1995-A, 220. La CSJN confirmó el fallo en 1997 con dos interesantes votos fundados, LL, 1997-C, 320, *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A.*, con nuestra nota “Las ganancias sin límite objetivo alguno,” reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 60, p. 138 y ss. La política económica de la primera mitad del siglo XXI cometió el exceso contrario, y recién en 2009, como señalamos en el texto, se parece buscar un nuevo y distinto punto de equilibrio, con graves dificultades de implementación racional.

<sup>95</sup> Cap. XV, apartado b), primer párrafo, del fallo citado.

<sup>96</sup> Cap. XV, apartado b), segundo párrafo.

<sup>97</sup> Tercer párrafo.

Así p. ej., “el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja [...] debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia.”<sup>98</sup>

### 6.3. Control del monopolio y del abuso de posición dominante

La situación de monopolio o exclusividad llevaron a fines del siglo XX a los concesionarios o licenciatarios a exceder el marco de su autorización contractual y exigir a los usuarios gravámenes y gabelas no previstas en el pliego de la licitación. Ejemplos de estas conductas abusivas son la exigencia de garantías de pago en forma previa a la prestación (en materia de gas a los grandes consumidores), la sobrefacturación de conceptos no autorizados, “errores” deliberados en la facturación (casos típicos en materia telefónica),<sup>99</sup> o la utilización de los medios financiados al amparo del monopolio o exclusividad para realizar prestaciones comerciales que les están vedadas pues han sido reservadas para la libre competencia (p. ej., la prestación de servicios de video por las empresas telefónicas mientras gozan de exclusividad.)

Hubo en estas conductas un doble tipo de infracción normativa. En primer lugar, el ilícito penal de abuso de posición dominante en el mercado. Aunque la legislación argentina no sancionaba al monopolio por el solo hecho de serlo, en cambio la Constitución establece la obligación de las autoridades de tutelar a los usuarios frente al poder monopólico: la Constitución presume al monopolio como una situación desfavorable a los derechos de los usuarios y establece, en consecuencia, derechos y tutelas especiales para resguardar su posición subordinada aunque no haya ilícito penal. Corresponde así la cesación de la conducta antijurídica y la reparación del daño, además de la puesta en funcionamiento de mecanismos de prevención.

La sanción por este tipo de actos, en tanto sean sistemáticos, es la pérdida de la exclusividad o de la licencia y el resarcimiento de daños y perjuicios, además de las sanciones penales<sup>100</sup> que puedan corresponderles por abuso de posición dominante en el mercado y la devolución de las ganancias excesivas a que ahora nos referimos. Por incumplimientos contractuales se revocó por decreto 3003/2006, por culpa del concesionario, la concesión de Aguas Argentinas S.A. y

<sup>98</sup> Cap. XVI, tercer párrafo.

<sup>99</sup> Tales como aplicar tarifas no vigentes, según se advierte en el *B.O.*, 15-VI-95, p. 12, en los considerandos de una resolución de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

<sup>100</sup> Con todo, así como equiparamos el poder económico al poder político en el cap. IX, “Las funciones del poder,” cabe también abrigar escepticismo de la vindicta penal, porque puede encontrarse aquí otra aplicación del favoritismo que se ha señalado en la persecución penal de los funcionarios públicos por oposición a los particulares: ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 35, IV, 2, p. 511. La “marcada tendencia a privilegiar al estado” que señala este autor es extensible, como lo señalará CICERÓN, a todos los poderosos. Son los “esfuerzos doctrinarios [por] ampliar el poder punitivo en perjuicio del administrado [...] y reducirlo en beneficio del administrador en el mismo supuesto,” “un poder punitivo estricto para el contribuyente [común] y benigno para el homicidio estatal” (ZAFFARONI, *op. loc. cit.*)

se creó en su lugar una empresa estatal para la provisión transitoria del servicio, decretos 304/2006 y 373/2006. En las circunstancias actuales, parece difícil que se vuelva a privatizar el servicio.

#### 6.4. Reducción de ganancias excesivas

Cuando en libre competencia un empresario tiene grandes ganancias, queda simplemente sometido al régimen impositivo pertinente. Cuando obtiene grandes ganancias merced al abuso de un poder monopólico o de exclusividad concedido o licenciado por el Estado, debe devolverlas a los usuarios en lo que excede una ganancia razonable de acuerdo a las circunstancias del caso (p. ej., el riesgo que la inversión tenía; si la ganancia es producto de sobrefacturación o de legítima evolución de los negocios, etc.). Es el principio que surge de la ley de defensa del consumidor, ley de orden público que contempla la recomposición del contrato por el juez para ajustarlo a derecho. La vía procesal prevista por esta ley es el proceso de conocimiento más abreviado de cada jurisdicción, lo cual puede implicar el juicio sumarísimo o el sumario.<sup>101</sup>

Tal como se ha recordado en los votos de BOGGIANO y VÁZQUEZ en el caso *Te-lintar S.A.*,<sup>102</sup> sólo cabe reconocer “el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, *más la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno* (doctrina de Fallos 231: 311; 258: 322, consid. 6°; y 262: 555, consid. 10.)”

La ecuación económico financiera de estos contratos nació o devino arbitraria, es decir inconstitucional, en las postrimerías del siglo XX. En suma, debe cuidarse “que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable.”<sup>103</sup> también el Consejo de Estado francés exige la *equivalencia honrada u honesta* entre las cargas y los beneficios.<sup>104</sup> Cabe recordar, por fin, que la prohibición de la excesiva onerosidad es ya un principio general de derecho internacional privado.<sup>105</sup> Claro está, el exceso en sentido opuesto de la primer decenia del siglo XXI tampoco es la solución.

#### 6.5. Lesión

En algunos de estos contratos, particularmente los celebrados en condiciones manifiestamente desventajosas para el Estado y la sociedad, en épocas de estado

<sup>101</sup> En la Nación, desde la reforma procesal del 2002, sólo el sumarísimo.

<sup>102</sup> CSJN, *LL*, 1997-C, 320. Ver *supra*, nota 6.8.

<sup>103</sup> ESCOLA, *Tratado integral...*, *op. cit.*, vol. I, *Parte General*, pp. 453-4.

<sup>104</sup> *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'État*, 21-3-1910.

<sup>105</sup> ZUPPI, “La interpretación de la Convención de Viena de 1980 (CISG) (Compraventa internacional de mercaderías),” *LL*, 1997-F, 1290, § III, 3, l).

de necesidad pública como fueron los años 1989/91, puede resultar aplicable el principio de la lesión.<sup>106</sup> Este instituto, aplicable tanto al derecho privado como al público, sanciona la “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación” que obtenga una de las partes merced a “la *necesidad*, ligereza o inexperiencia” de la otra, lo que se presume *juris tantum* cuando existe una “notable desproporción de las prestaciones,” a tenor del art. 954 del Código civil. La lesión, que en sus orígenes se relaciona con el delito de usura,<sup>107</sup> queda así hoy vinculada al problema de las ganancias excesivas cuando existe situación de monopolio o exclusividad otorgada por el Estado en situación de lesión subjetiva. RISOLÍA puntualiza que en tanto la prescripción de la nulidad de los actos administrativos por vicio de la voluntad es de dos años, la de la lesión es de cinco años y se pregunta que si “se admite que el Estado puede y en ocasiones debe ocurrir ante el Poder Judicial para demandar la nulidad de sus propios actos a raíz de los vicios de error, dolo o violencia [...] ¿Cómo se explicaría —si es así— que no pueda invocar la lesión a los mismos fines en los términos del art. 954 del Código Civil?”<sup>108</sup>

#### 6.6. Ausencia de libertad contractual

*La limitación de la libertad contractual de las partes* es una nota típica de estos contratos, pues la administración está constreñida a seguir los procedimientos de contratación fijados por la ley y el contratista está más limitado aún, por la ley y por los pliegos de condiciones impuestos por la administración, lo que hace que el contrato sea típicamente un contrato de adhesión; ello no significa que no pueda luego cuestionar las normas a que se sometió, pues tal acatamiento ha sido fruto de la necesidad de no quedar excluido del negocio, pero ello ya requiere un pronunciamiento jurisdiccional y los jueces son remisos en declarar la nulidad de cláusulas del pliego. El principio teórico, aunque no necesariamente

<sup>106</sup> Considera aplicable el art. 954 del Código Civil a los contratos administrativos MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, “La lesión y el Derecho Administrativo,” *JA*, 1976-II, 686. Se ha manifestado en contra MARIENHOFF, “La «lesión» en el Derecho Administrativo,” *JA*, 1975, 468; “De nuevo sobre la «lesión» en el Derecho Administrativo. Improcedencia de su invocación por el Estado. Lo atinente al administrado,” *JA*, 1976-III, 766. RISOLÍA, MARCO AURELIO, “La lesión subjetiva: su invocación por el Estado o contra el Estado,” en *120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983*, Buenos Aires, EUDEBA, 1983, p. 21 y ss., expresa que esa es la “sana doctrina” y que nunca ha invocado el Estado la lesión subjetiva, aunque no parece descartar la hipótesis de que ello ocurra; para ese supuesto prevé sanciones mayores, pero no la nulidad del acto, lo que no parece coherente: “De cualquier modo y para la triste hipótesis de la claudicación del Estado ante los trusts o empresas multinacionales, nos parece recordar del caso que la Constitución Nacional baldona a quienes la consientan (art. 29) y que la ley penal castiga duramente los delitos contra la seguridad y la dignidad de la Nación (Cód. Pen., tít. IX, arts. 214 y sigts.),” *op. cit.*, p. 29. Cuando las sanciones son terribles, no siempre se aplican.

<sup>107</sup> RISOLÍA, “La lesión subjetiva: su invocación por el Estado o contra el Estado,” *op. cit.*, p. 25, remite a las leyes alemanas de 1880 y 1893 y al art. 175 *bis*, CP.

<sup>108</sup> RISOLÍA, *op. cit.*, p. 29. Su respuesta negativa al interrogante que plantea es menos plena de énfasis que éste.

la realidad práctica, es que las cláusulas del pliego de la licitación no pueden luego modificarse en la ejecución del contrato sino por aplicación de teorías más o menos excepcionales como la imprevisión, el caso fortuito o la fuerza mayor, etc.<sup>109</sup> Pretendidas renegociaciones tarifarias que se han intentando promediando el contrato, como la telefónica, son pues ilegales en este sistema jurídico, a menos que reduzcan la tarifa de todos los usuarios. Los pliegos que rigieron el llamado a licitación pública nacional e internacional para otorgar la concesión o licencia también deben tenerse presentes: su importancia radica, obviamente, en que por el principio de igualdad y competencia o concurrencia de la licitación<sup>110</sup> no puede el Poder Ejecutivo o el ente de aplicación en el nuevo sistema constitucional del art. 42, mejorar las condiciones bajo las cuales el servicio fue adjudicado, ni interpretar a favor lo que debe ser interpretado en contra. Así el decreto de adjudicación está subordinado al pliego de bases y condiciones que rigió la licitación, aunque éste emane de autoridad jerárquicamente inferior, también por el clásico principio según el cual “La decisión individual no puede contravenir el reglamento dictado por un órgano jerárquicamente inferior en los límites de su competencia.”<sup>111</sup> El pliego, a su vez, debe ser conforme a las normas superiores,<sup>112</sup> con lo cual mal podría dar p. ej. “derecho” a ganancias extraordinarias en cercenamiento a la libertad contractual y a la libre competencia que son la base del sistema constitucional.

<sup>109</sup> Tales limitaciones son igualmente de aplicación en los contratos administrativos comunes, salvo las leyes y principios que autorizan su modificación, como era anteriormente el régimen de variaciones de costos, las modificaciones de proyecto, dificultades materiales imprevistas, etc. Sobre el principio general *Fallos*, 311-2: 2831, *Radeljak* (1988); 308-1: 618, *Hotel Internacional Iguazú S.A.* (1986); *Montes* (1992), todos referenciados en COVIELLO, *op. cit.*, pp. 127-8. Acerca de las excepciones ver nuestro art. “Mayores costos, imprevisión, indexación,” en AA.VV., *Contratos Administrativos*, *op. cit.*, t. I, pp. 103-14. La jurisprudencia actual de la Corte ha endurecido su posición frente al incumplimiento de las disposiciones legales que reglan las formas y procedimientos de contratación, declarando no ya nulos, sino inexistentes, los contratos suscritos en oposición a las mismas. Así, ha entendido en *Fallos*, 323: 1515, *Mas Consultores*, año 2000, “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 aplicable 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.” (Cons. 7°).

El mismo criterio se repite en *Fallos*, 324: 3019, *Carl Chung Ching Kao*, año 2001 y en *Fallos*, 329: 809, *Punte, Roberto Antonio*, año 2006. A su vez, esta declaración impacta en el régimen de las prestaciones ejecutadas, las que deberán ser reconocidas por el Estado en la única medida del empobrecimiento probado del contratista (monto que no es el facturado, ya que el mismo queda integrado, en parte, por las utilidades previstas), a fin de no enriquecerse a expensas del patrimonio del particular. Así, CSJN, *Fallos*, 323: 3924, *Ingeniería Omega*, año 2000; *Fallos*, 329: 5976, *Cardiocard*, año 2006.

<sup>110</sup> Nuestro art. “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública,” *RDA*, 11: 293 a 318 (Buenos Aires, 1992), e *infra*, t. 2, cap. XII, “La licitación pública.”

<sup>111</sup> *Supra*, cap. VII, § 15: PTN, *Dictámenes*, 33: 202; 77: 305; 81: 236, etc.; ZANOBINI, GUIDO, “Sul fondamento giuridico della inderogabilità dei regolamenti,” *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, t. IX, parte 1ª, p. 411 y ss., etc. La solución es uniforme.

<sup>112</sup> CSJN, *Fallos*, 291: 290, *Sociedad de Electricidad de Rosario*, 1975; 316-3: 3157, *Espacio*, 1992, citados en COVIELLO, *op. cit.*, p. 130.

### 6.7. *Desigualdad jurídica de las partes*

La desigualdad *jurídica* de las partes es otra nota típica de este contrato, que se traduce en que la administración pública tiene respecto al contrato la atribución de “a) adaptarlo a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del contratante; b) ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de éste; y c) dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del co-contratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan.”<sup>113</sup> Esta es una de las facultades regulatorias que la administración no pierde en virtud de la *vacatio iuris* de la legislación delegada, el 24 de agosto de 2009,<sup>114</sup> pues son facultades que emergen del contrato administrativo.

### 6.8. *Privilegio de la decisión unilateral ejecutoria*

“El privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento judicial, que impone al co-contratante la obligación de su cumplimiento inmediato.”<sup>115</sup> “En mérito a este privilegio especial, la administración puede decidir ejecutivamente sobre la perfección del contrato y su validez, sobre su interpretación, sobre la revisión y modificación de las prestaciones debidas por el co-contratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones y haciéndolas efectivas<sup>116</sup> [...] El co-contratante debe obedecer y sólo le es dado recurrir *ex post*, contra las resoluciones administrativas, dentro de los plazos que establezca el ordenamiento jurídico.”<sup>117</sup>

### 6.9. *Facultad sancionatoria*

La administración pública tiene reconocida, tradicionalmente, la facultad de imponer sanciones al contratista por incumplimiento, aunque ellas no estén ex-

<sup>113</sup> BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 279.

<sup>114</sup> *Infra*, t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social.” A partir del 24 de agosto de 1999, fecha en la que caducaban —conforme lo establecido en la Disposición Transitoria Octava de la Constitución Nacional— las delegaciones legislativas en el Poder Ejecutivo anteriores a la reforma constitucional de 1994, distintas leyes fueron prorrogando dichas competencias y ratificando la legislación delegada dictada a su amparo: ley 25.148, hasta el 23-VIII-02; ley 25.645, hasta el 23-VIII-04; ley 25.918 hasta el 23-VIII-06; ley 26.135 hasta el 23-VIII-09. Es obvio que tales postergaciones legales de un plazo impuesto en la Constitución constituyen una grave violación al ordenamiento jurídico, que necesariamente debe castigarse al menos con la invalidez de las sanciones aplicadas en virtud de normas delegadas que se han mantenido postergadas más allá del único plazo constitucional establecido. Es también, en todo caso, una muestra más de la falencia legislativa en la hora actual.

<sup>115</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 454.

<sup>116</sup> Respecto a la facultades de la administración en el ámbito de la Ley de Emergencia, ver VEGA, SUSANA E., “Contratos en el sector público,” en CRIVELLI, JULIO CÉSAR, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, cap. III, pp. 109-24.

<sup>117</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 455.

presamente previstas en la ley o en el contrato.<sup>118</sup> Pero con el progresivo avance de las técnicas contractuales, que producen documentos muy minuciosos acerca de las potestades sancionatorias de la administración, avanza la idea de que ello importa una restricción de aquella potestad a sólo lo expreso o razonablemente implícito en el texto del contrato o, desde luego, en la ley.

#### 6.10. *Mutabilidad del contrato*<sup>119</sup>

La mutabilidad del contrato importa que si el interés público lo justifica, podría adaptárselo y modificárselo; es *su flexibilidad*, frente a la rigidez de los contratos privados.

No necesita el Estado invocar la teoría de la imprevisión, el caso fortuito o la fuerza mayor para modificar un contrato de esta naturaleza: esas son causales para modificar el contrato a pedido del concesionario o licenciatario. El concedente tiene en cambio facultades más discrecionales. Dice GASTÓN JÈZE<sup>120</sup> que el Consejo de Estado ha proclamado, de manera inequívoca, el principio fundamental que rige en materia de contrato de concesión de servicio público: “La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio.”<sup>121</sup> “Al imponer al concesionario un servicio diferente del previsto por las partes contratantes, la Administración no excede sus poderes.”<sup>122</sup> “Este principio es hoy indiscutido en la jurisprudencia.”<sup>123</sup>

Esta misma cita y este mismo énfasis en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés es retomado por MARIENHOFF en nuestro medio. Del mismo modo recuerda JÈZE al Comisario de Gobierno CORNEILLE en sus conclusiones al *arrêt Société d'éclairage de Poissy*,<sup>124</sup> en el sentido que “la organización del servicio

<sup>118</sup> DIEZ, *op. cit.*, pp. 518-9; BERCAITZ, *op. cit.*, p. 274; CSJN, *Fallos*, 167: 145, S.A. Buenos Aires Town and Docks Tramways Ltd., 1932; 202: 97, S.A. Cía. Central Argentina de Electricidad, año 1945 y otros. El decreto 1023/01 se encarga en su art. 29 de regular lo relativo a las penalidades y sanciones en el ámbito contractual.

<sup>119</sup> SACRISTÁN, ESTELA B., “*Ius variandi* y modificación de precios en los contratos administrativos,” *RAP*, 219: 5, Buenos Aires, 1996; FANELLI EVANS, “El *ius variandi* en los contratos administrativos,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 197 y ss; FERNÁNDEZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 38-9; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “La estabilidad de los contratos y la emergencia del default,” en GORDILLO (Dir), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, La Ley, 2004, pp. 19-28.

<sup>120</sup> *Principios generales del derecho administrativo*, t. IV, *Teoría general de los contratos de la administración. Primera Parte. Formación. Ejecución de los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 239.

<sup>121</sup> En la nota 87 de la p. 139 aclara JÈZE que se trata de una transcripción de la doctrina del CONSEIL D'ÉTAT, *arrêt* del 11 de marzo de 1910, *Compagnie française des tramways*, *Recueils*, p. 216 y ss., *RDP*, 1910, p. 274 y ss.

<sup>122</sup> En la nota 88 se remite JÈZE al Comisario de Gobierno LÉON BLUM en sus conclusiones sobre el caso *Compagnie française des tramways*. Allí agrega BLUM, en la cita de JÈZE sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado, que: “La convención no establece, de manera inmutable, *ne varietur*, las cargas asumidas por el concesionario.” (P. 240, nota 88 *in fine*.)

<sup>123</sup> P. 240.

<sup>124</sup> *Recueils*, p. 124; *RDP*, 1918, p. 242 y ss.

no es de competencia del concesionario [...], que, por consiguiente, esta organización podrá modificarse en cualquier momento, según las necesidades sociales y económicas del momento.”<sup>125</sup> Pero ello, claro está, como lo recuerda MAIRAL,<sup>126</sup> manteniendo la ecuación económico financiera.

### 6.11. *Efectos jurídicos frente a terceros*

La peculiaridad de que el contrato administrativo de concesión o licencia de servicios públicos puede producir y efectivamente produce, *efectos jurídicos frente a terceros*, cosa que no ocurre en el contrato de derecho privado, debe verse con precaución:<sup>127</sup> un ejemplo de estos efectos es la tarifa que el concesionario o licenciataria de un servicio monopólico cobrará a los usuarios forzosos, a raíz del contrato de licencia o concesión.<sup>128</sup>

Esos efectos jurídicos frente a terceros requieren una tutela especial del usuario forzoso, en especial en lo atinente a la tarifa<sup>129</sup> pero también, desde luego, en lo que hace al servicio. Aquí cobra relevante aplicación el conjunto de principios jurídicos que para la contratación pública exige el art. III, inc. 5°, de la Convención Interamericana contra la Corrupción: además de la *publicidad*, la *equidad* y *eficiencia* para los usuarios. El principio constitucional del art. 42 de la Constitución tiene ahora también consagración supraconstitucional.

### 6.12. *Responsabilidad civil frente al usuario*<sup>130</sup>

Como consecuencia de los efectos que el contrato tiene respecto de terceros por ausencia de libertad del usuario, tarifa fijada por el Estado, posible abuso de poder dominante, etc., nace un importante principio de responsabilidad del concesionario o licenciataria frente a los usuarios y terceros.<sup>131</sup>

<sup>125</sup> Nota 89 de la p. 240.

<sup>126</sup> MAIRAL, HÉCTOR, “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” ED, 179: 655, pp. 664-5.

<sup>127</sup> Es el principio *res inter alios acta* o *pacta tertiis non nocent*. Si el contrato o su renegociación no se ajusta al inc. 5° del art. III de la CICC, no pueden ser obligatorios para los usuarios.

<sup>128</sup> Ampliar en BERCAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, op. cit., cap. XIII, p. 277 y ss.

<sup>129</sup> Tema en el cual la justicia no suele intervenir eficazmente en forma preventiva.

<sup>130</sup> Ver GHERSI, CARLOS A., *Responsabilidad de empresas telefónicas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994; GHERSI (coord.), *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Buenos Aires, Nova, 1994.

<sup>131</sup> Un favorable cambio lo observamos en *Fallos*, 329: 646, *Ferreyra*, año 2006, donde la Corte intenta revertir la tendencia iniciada en *Fallos*, 323: 318, *Colavita*, año 2000, en relación a la responsabilidad de los concesionarios viales. Ver el minucioso análisis de GALDÓS, JORGE M., “El fallo *Ferreyra* de la Corte Suprema Nacional sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. Auspiciosa reapertura de un debate no clausurado,” *JA*, 2006-II, 218. En cuanto a la controvertida naturaleza jurídica de la relación entre el usuario y el concesionario vial, corresponde mencionar que la ley de defensa del consumidor, reformada por la ley 26.361 del año 2008, establece que el vínculo jurídico entre el proveedor y el usuario o consumidor es la relación de consumo, rigiéndose en forma directa por sus disposiciones y no, supletoriamente, como ocurría hasta entonces. Ello, sin perjuicio de que el proveedor se encuentre, además, alcanzado por otra normativa específica.

Ello ocurre especialmente con los cortes de suministro de energía eléctrica, salvo la eximente de caso fortuito o fuerza mayor cuando ella procede. En tales casos se indemniza el daño emergente de los aparatos dañados por el corte o la sobrecarga, como la pérdida de horas laborales como consecuencia del corte de luz, sin perjuicio de las multas que se apliquen en beneficio de los usuarios, trasladándolas a una reducción de las tarifas.

Debemos destacar que la reciente modificación introducida por la ley 26.361 a la ley de defensa del consumidor, ha venido a fortalecer la protección de los derechos de los usuarios, poniendo énfasis en el derecho a la información, en el trato digno y equitativo, en los intereses económicos de los usuarios y en la educación integral del consumidor.

En materia de responsabilidad, incorpora la posibilidad de reclamar ante la autoridad de aplicación, todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria ocasionado sobre la persona o bienes del usuario o consumidor, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. De esta forma, faculta a la administración a determinar la existencia del daño y obligar al proveedor o prestador del servicio a resarcirlo, hasta un valor máximo de 5 Canastas Básicas Total para el Hogar 3 que publica el INDEC.

Establece que dichos actos administrativos podrán ser apelados por los proveedores ante la justicia y, una vez firmes, respecto del daño directo que determinen, constituyen un título ejecutivo a favor del consumidor. Por otra parte, permite deducir las indemnizaciones que se abonen en concepto de daño directo a los consumidores, por otras que pudieren corresponder por acciones incoadas en sede judicial.

En otro orden, en el marco de una acción judicial, la reforma se orienta a desalentar las conductas abusivas y antijurídicas de los proveedores, introduciendo una multa civil a favor del consumidor, que podrá requerirla ante el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte de los proveedores. Deberá graduarse en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras sanciones que eventualmente correspondan.

### 6.13. *La audiencia pública como garantía constitucional del usuario*<sup>132</sup>

La audiencia pública<sup>133</sup> es uno de los instrumentos para la defensa de tales derechos de los usuarios, junto con la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación.<sup>134</sup> Ya puede decirse que este requisito, exigido expresamente por la ley en materia de gas y energía eléctrica —y generalizada su exigencia por vía

<sup>132</sup> Desarrollamos este tema *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>133</sup> En el caso de las audiencias públicas en la Ciudad de Buenos Aires, ver: ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO, “Audiencias Públicas: Sólo para entendidos,” *LL*, 2007-C, 993.

<sup>134</sup> Ver *infra*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 14.1, “El Defensor del Pueblo.”

reglamentaria a partir del decreto 1172/03—, es en verdad de naturaleza constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados, con sus características propias, haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate.

#### 6.14. *Inaplicabilidad de la exceptio non adimpleti contractus*

Es propio de estos contratos la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, esto es, la negación del derecho del concesionario o licenciataria a exceptuarse de cumplir con sus obligaciones si la administración no ha cumplido con las suyas propias.<sup>135</sup>

De acuerdo a este criterio, aunque la administración no cumpla con las obligaciones que ha asumido contractualmente, el contratista debe de todos modos cumplir fielmente con su parte del contrato: “El ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio.”<sup>136</sup> Este criterio es sustancialmente diferente en los contratos administrativos que no importan monopolio o exclusividad, según veremos más adelante.

#### 6.15. *Necesidad constitucional de un ente de contralor independiente*<sup>137</sup>

Tal como ha llegado a consagrarse el derecho al debido proceso no solamente para los actos individuales de la administración, sino también para los actos generales, con el alcance de que los de tal naturaleza requieren previa audiencia pública, así también puede hoy en día sostenerse que el debido proceso incluye la existencia de organismos imparciales e independientes del poder concedente, que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, como lo prevé el art. 42 de la Constitución, sujeto al necesario contralor jurisdiccional.

Así como el sistema de división de poderes previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta, ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que *el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle*. Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> En la obra pública regida por la ley 13.064 la excepción de incumplimiento existe y se encuentra regulada por el decreto 1186/84 que reglamenta el artículo 35 de ley 13.064. Hoy en día se ha tornado normal que las obras públicas se suspendan ante la falta de pago de las obligaciones asumidas por el estado, precisamente porque estas suspensiones o prolongaciones han pasado a ser “normales.”

<sup>136</sup> BERCAITZ, *op. cit.*, p. 291.

<sup>137</sup> CSJN, *Ángel Estrada, Fallos*, 328:651, 2005.

<sup>138</sup> Nuestro art. “Organismos de control, Primeras Jornadas Nacionales sobre Instituciones Administrativas en la Reforma Constitucional,” *RAP*, 194: 107, Buenos Aires, 1993.

“La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las metas diarias de la política,”<sup>139</sup> por lo cual son indispensables garantías tales como la inamovilidad en los cargos del ente de contralor;<sup>140</sup> de otro modo las tarifas de los usuarios caerán presa del *lobby* y servirán de pieza de cambio “en aras de las metas diarias de la política.”<sup>141</sup>

Otro de los fundamentos de este sistema es la tensión con el poder central: “una cosa es esta influencia lógica y razonable del poder político sobre la administración y otra la manipulación constante de sus decisiones según las conveniencias del momento, o la medida burda del cese fulminante por una diferencia de opinión con la autoridad política de turno.”<sup>142</sup>

Cuando se estudiaba hace décadas en Francia las diferencias entre la planificación por comisiones o por el Ministerio del ramo, siempre se entendió que la segunda alternativa era la más peligrosa para los intereses colectivos, porque quitaba transparencia al proceso y dejaba al poder político más lábil y maleable frente a las presiones del poder económico. Esta es una cuestión más que fundamental en un país como el nuestro, en el cual bajo la seudo impronta del presidencialismo se encubre toda clase de negociación entre el poder económico y la autoridad de turno, a espaldas de la opinión pública. Cabe agregar a ello las frecuentes gestiones de los embajadores en defensa de sus inversores nacionales, gestiones que se hacen más fáciles cuando el sistema es cerrado e hipercentralizado. Además es ese poder político mismo, quien ha dado la concesión al poder económico y puede, de hecho, renegociarla... Más aún, es reconocido que una causa eficiente de la privatización con entes reguladores de control fue la inoperancia de los controles de la administración central, en especial de los ministerios y secretarías.<sup>143</sup> Por todo ello “se exige una autoridad reguladora dotada al mismo tiempo de preparación técnica, independencia política y legitimación democrática.”<sup>144</sup> La legitimación democrática nace del sistema de designación, por concurso

<sup>139</sup> COMADIRA, JULIO RODOLFO, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS),” *ED*, 162: 1134, reproducido en su obra *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, 2ª Ed. actualizada y ampliada, p. 637 y ss.

<sup>140</sup> COMADIRA, *op. loc. cit.*

<sup>141</sup> COMADIRA, *op. cit.*, § 2; ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, cap. XI, pp. 376-7: “el poder político es incapaz de escapar a la tentación de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las exigencias inmediatas de la política diaria.”

<sup>142</sup> ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, p. 387. Cuando ello ha ocurrido en nuestro país, como en el absurdo caso de la intervención del P.E a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones porque defendía los derechos de los usuarios frente a los abusos de las licenciatarias, la justicia se ha mostrado esquiva a la hora de brindar la tutela judicial efectiva para resguardar la independencia del órgano de control. Negar esa tutela a quien cumple una función cuasijurisdiccional es, en el Poder Judicial, negarse a sí mismo.

<sup>143</sup> CINCUNEGUI, JUAN BAUTISTA, “Entes reguladores de servicios públicos,” *RAP*, 188: 11.

<sup>144</sup> ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, p. 365.

y con estabilidad, pues la democracia no es sólo una forma de acceder al poder sino también de ejercerlo.<sup>145</sup>

#### 6.16. In maxima potentia, minima licentia

Se trata en suma del antiguo principio de derecho inglés, conforme al cual al más poderoso le corresponde la mínima libertad, la mínima licencia.<sup>146</sup>

### 7. *El contrato administrativo no monopolístico o exclusivo*

Es así como en esos por aquel entonces nuevos contratos de obra pública, suministro, etc., se advertía todo lo siguiente:

7.1. *La colaboración.* No hay una relación jurídica de subordinación, sino más bien de *colaboración*.<sup>147</sup>

7.2. *Flexibilidad y mutabilidad del contrato.* La flexibilidad y mutabilidad de tales contratos fueron reducidas por la propia legislación, que impone límites bajos (10 o 20 %) más allá de los cuales no puede obligarse al contratista a aceptar la modificación.<sup>148</sup> También la jurisprudencia impuso importantes limitaciones a dicha facultad en este tipo de contratos.<sup>149</sup> Podría en realidad concluirse que la facultad de modificar contratos que no se refieran a la prestación de un servicio público existe sólo en la medida que la ley lo reconozca expresamente, lo que ocurre en mayor medida en el contrato de función pública.

7.3. *Facultades sancionatorias.* La facultad administrativa de imponer *sanciones* al contratista *debe estar fundada legal o contractualmente*, siendo inadmisibles que la administración pretenda imponer sanciones para las cuales no esté expresamente autorizada por la ley o el contrato; este tipo de sanciones se interpretan restrictivamente y si el pliego dispone que en caso de rescisión del contrato el contratista “perderá la fianza,” se ha considerado que lo pierde sólo en forma *proporcional* a la parte no cumplida y que para que la pérdida sea total a pesar de no ser el incumplimiento total, así debe aclararlo expresamente el contrato.<sup>150</sup>

7.4. *Exceptio non adimpleti contractus.* La clásica inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, a tenor de la cual si el contratista dejaba de cumplir

<sup>145</sup> RIVERO, JEAN, “Le système français de protection des citoyens contre l’arbitraire administratif à l’épreuve des faits,” *Mélanges Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1963, pp. 813-36, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, t. I, París, LGDJ, 1980, pp. 563-80.

<sup>146</sup> BLACK’S LAW DICTIONARY, *op. cit.*, p. 708.

<sup>147</sup> Así WALINE, “L’évolution récente des rapports de l’État avec ses co-contractants,” *Revue du Droit Public*, 1951, t. 67, p. 5 y ss.; PTN, *Dictámenes*, 97: 127.

<sup>148</sup> Así la ley 13.064 de obras públicas, arts. 30, 38 y 53 inc. a).

<sup>149</sup> Así CSJN, *Fallos*, 312-1: 84, *Marocco*, 1989; 314-1: 491, *Necón*, 1991; 308-1: 618, *Iguazú*, 1986, todos ellos comentados en COVIELLO, *op. cit.*, p. 126 y ss.; SACRISTÁN, *op. loc. cit.*

<sup>150</sup> PTN, *Dictámenes*, 70: 292; 77: 126 y otros.

con sus obligaciones ante el incumplimiento administrativo debía considerarse que él era el único responsable, debiendo extinguirse el contrato por su exclusiva culpa, también ha sido modificada en esta categoría de contratos administrativos. Se entiende actualmente en tales contratos que si bien el contratista no puede, ante el incumplimiento administrativo, interrumpir sus tareas y exigir la extinción por culpa exclusiva de la administración, *sí puede al menos interrumpirlas sin incurrir en culpa él mismo*.<sup>151</sup> En tales casos se entiende que por un incumplimiento mutuo el contrato se extingue por culpa recíproca o concurrente o, lo que es lo mismo, sin culpa de ninguna de las partes;<sup>152</sup> o, como explicamos en el contrato de obras públicas, se suspende el cumplimiento del contratista mientras está suspendida la financiación estatal de la obra. Esta y las demás morigeraciones no se aplican a la concesión o licencia de servicios públicos, pero de todas maneras la falta de actualización de las tarifas durante varios años a partir del año 2002 llevó a la paralización de las nuevas inversiones de los concesionarios y licenciatarios. En el año 2009 se comienza a reajustar las tarifas, pero parece un proceso que no está ajustado aún.

**7.5. La buena fe contractual.** El principio general de la buena fe, de numerosas aplicaciones,<sup>153</sup> suele ser recordado en materia de contratos administrativos que serían así esencialmente de *buena fe*.<sup>154</sup> En su virtud la administración no debe actuar como si se tratara de un negocio, ni tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio de aquél. Tampoco el contratista puede tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa de la administración, o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que lo favorezcan en detrimento de aquélla.<sup>155</sup>

**7.6. La equidad.** La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que si bien la equidad no es fuente del derecho administrativo, debe ser tenida en cuenta por la administración al resolver casos concretos sometidos a su decisión y en los cuales podrían verse comprometidos los principios que la informan, admitiéndose, en suma, soluciones de equidad en los contratos administrativos.<sup>156</sup>

<sup>151</sup> No es una *decisión* sino un *procedimiento*: en casos normales, no puede el contratista súbitamente y sin previo aviso suspender o interrumpir su trabajo; debe advertir oportuna y adecuadamente las dificultades que le ocasionan y ocasionarán los incumplimientos administrativos y aumentar progresivamente la severidad de sus advertencias de acuerdo con las circunstancias fácticas. El resultado: que la administración no alegue que ha sido sorprendida.

<sup>152</sup> PTN, *Dictámenes*, 69: 98 y decreto 15.159/59, *B. O.* del 24/XI/59, en igual sentido; 82: 220; 85: 207; 94: 91 y decreto 10.551/65, del 24/XI/65, en igual sentido; 96: 514. Este criterio administrativo fue receptado por la jurisprudencia de la CSJN, *Fallos*, 316-1: 212, *Cinplast*, 1993.

<sup>153</sup> Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El Principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999, 3ª ed.

<sup>154</sup> Así CSJN, *Fallos*, 182: 502, *Besana*, 1938; BIELSA, *Estudios de derecho público*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1950, pp. 110-2; PTN, *Dictámenes*, 70: 219; 77: 311; 83: 180, etc.

<sup>155</sup> Principio de colaboración o de correcto comportamiento: FIORINI, BARTOLOMÉ A. y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública. Selección del contratista estatal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972.

<sup>156</sup> *Dictámenes*, 79: 77; 83: 180; 85: 135-40.

Así el contrato debe ser equitativo para ambas partes y para los terceros en su caso; de allí que el principio también esté incluido en la CICC, art. III, inc. 5°. (Ley 24.759.) Esta controversia se presenta constantemente, cada vez que se autoriza un aumento de la tarifa para financiar nuevas obras. Las asociaciones de usuarios suelen cuestionar la equidad y equilibrio del reajuste, a más de sus aspectos formales.

7.7. *Teoría de la imprevisión.* Se atempera la regla *pacta sunt servanda* en la esfera administrativa, admitiéndose la “teoría de la imprevisión” para obtener una equitativa recomposición contractual en los supuestos de aplicación del principio.<sup>157</sup>

7.8. *La ecuación económico financiera del contrato.* La reestructuración de la ecuación económico financiera del contrato devino frecuente, especialmente en los casos de corrección monetaria en que el régimen de actualización o variación de costos, más comúnmente conocido como mayores costos, pasó a tener un rol estelar en el sistema. El principio de la estabilidad de la ecuación económico financiera del contrato se manifestaba en muchas instituciones y llegó a ser formulado en términos enfáticos.<sup>158</sup> Ese sistema tuvo un freno con la ley de convertibilidad y su prohibición de ajustes de precios por corrección monetaria.<sup>159</sup> Subsistieron sin embargo algunos desajustes, como el aumento tarifario por la inflación estadounidense, prevista en los contratos previos a la ley 23.928 que devino carente de sustento fáctico al producirse localmente, a la inversa, deflación. En el 2002 el *Bouleversement* es total y llevará seguramente años recomponerlo.

## 8. El contrato “privado” de la administración

Pasamos con ello a hacer una exposición resumida de los grandes trazos de esta clasificación en tres grupos de los contratos de la administración.

<sup>157</sup> Ver nuestro art. “Mayores costos, imprevisión, indexación,” en *Contratos administrativos, op. cit.*, t. I, p. 104 y ss.; ley 12.910 y sus reglamentaciones; CNFed. Civil y Com., LL, 121: 645, *Oks Hnos. y Cía. S.A.*, con nota de SPOTA, ALBERTO G., “Contrato administrativo sometido a la teoría de la imprevisión contractual;” MARIENHOFF, “La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino,” *JA*, 1959-V, 106; TELLO, ROBERTO, *La teoría de la imprevisión en los contratos de derecho público*, Buenos Aires, Abeledo, 1946; *La teoría de la imprevisión en los contratos de servicios públicos*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Suevia, 1942; GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo,” *Revista de Administración Pública*, 2: 83, Madrid, 1950; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, La Plata, 1966, p. 227 y ss., p. 232 y ss.; BADENES GASSET, RAMÓN, *El riesgo imprevisible*, Barcelona, Bosch, 1946.

<sup>158</sup> BARRA, “La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos,” *ED*, 62:727; *Los actos administrativos contractuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1989, p. 127; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, “As cláusulas de reajuste de preços nos contratos administrativos,” en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff, op. cit.*, cap VI.

<sup>159</sup> Ley 23.928, art. 7°, modificado por la ley 25.561. Ver ALEGRÍA, HÉCTOR; RIVERA, JULIO CÉSAR; GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL y HUTCHINSON, TOMÁS, *La ley de convertibilidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 271 y ss., “La desindexación de los contratos administrativos.”

### 8.1. *En el derecho interno*

La evolución del molde clásico del contrato administrativo de tipo intermedio entre la concesión o licencia y el contrato de derecho privado, no implica un retorno a la teoría antigua de que esos contratos de la administración son contratos civiles, ni que existan contratos de la administración pura e íntegramente regidos por el derecho común, en el derecho interno.<sup>160</sup> Ello es así por dos razones diversas: 1º) una es que siguen existiendo muchas reglas propias del derecho público en los llamados contratos administrativos que hemos venido analizando (suministro, obra pública, etc.); 2º) la otra es que los clásicamente considerados “contratos civiles de la administración” han sufrido una crisis y evolución en sentido inverso. En efecto, se ha advertido que “son muy raros —si es que los hay—,” los contratos de la administración “que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse de privados. La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado;” “Quizá sea más acertado prescindir de la expresión *contrato administrativo*, que sugiere una idea de oposición con los contratos de derecho privado [...] y referirse, en cambio, a los *contratos de la administración*.”<sup>161</sup>

Por nuestra parte, creemos que el criterio a adoptarse en cuanto a la posible existencia de *contratos privados* de la administración en el derecho interno es el mismo que debe tenerse en lo que respecta a la supuesta existencia de *actos privados* de la administración. Dijimos con relación a estos últimos<sup>162</sup> que los actos emanados de órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma por el derecho administrativo y que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado, por lo que la predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos como actos de derecho público, esto es, actos administrativos.<sup>163</sup>

El mismo razonamiento es aplicable a los contratos “civiles” de la administración: todo lo referente a la *competencia* de los órganos que los celebran, al *procedimiento* de contratación, a las *formas* pertinentes, etc., se rige por el derecho público. No es posible fundar la *competencia* de un órgano estatal en la regla de la *capacidad* del Código Civil; ni afirmar que aunque la legislación

<sup>160</sup> Los contratos celebrados y ejecutados en el exterior se someten a las reglas del derecho común local.

<sup>161</sup> SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, pp. 536-7, quien recuerda en la última opinión a SANTA MARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 714. Ver las referencias de la nota siguiente.

<sup>162</sup> Ver *supra*, cap. VIII, donde reiteramos conceptos antes expuestos en *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 64-6; *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 165-6; *Derecho administrativo de la economía*, *op. cit.*, pp. 137-9; opinión que recuerda y comparte SARMIENTO GARCÍA, “Noción y elementos del servicio público,” *op. cit.*, p. 12; en igual sentido DROMI, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>163</sup> Este criterio ha sido seguido en PTN, *Dictámenes*, 92: 74.

administrativa exija la licitación pública,<sup>164</sup> pueda prescindirse de ella porque no figura en el Código Civil; ni que si de acuerdo al derecho administrativo un decreto del Poder Ejecutivo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas, sea necesaria escritura pública,<sup>165</sup> etc.

La conclusión es la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto (y aun así sin excluir principios de derecho público como la razonabilidad), pero lo dominante sigue siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un contrato de derecho civil.<sup>166</sup>

## 8.2. *En el derecho externo*

La situación del Estado como deudor de un contrato de crédito externo es tal vez ligeramente mejor que la de un deudor hipotecario bancario: no le pedirán la quiebra ni le rematarán los bienes (aunque pueden a veces embargarle bienes en el extranjero), tampoco le mandarían cañoneras como antaño; pero el orden económico internacional le hace en cualquier caso imposible al Estado simplemente “repudiar” la deuda.

El sistema económico internacional lo obliga, inexorablemente, a renegociarla si no la puede pagar.<sup>167</sup> Estos datos de la realidad jurídica y económica, obtengan o no nuestra adhesión, no permiten mostrar en el derecho positivo al cual se ha sometido la celebración y ejecución del contrato, una categoría contractual en que la situación del deudor sea sustancialmente distinta de la de cualquier otro contrato de crédito.

## 8.3. *El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural*<sup>168</sup>

El progresivo endeudamiento de nuestro país lleva a su eclosión en el año 2001 y siguientes<sup>169</sup> y parece ser un fenómeno de larga duración. Podemos y debemos, en el orden interno, hacer consideraciones sobre el origen de la permanente

<sup>164</sup> Como señalaba DE VEDIA, *op. cit.*, p. 488, la ley de contabilidad exigía la licitación pública, “sin discriminar entre contratos de Derecho Privado y los de Derecho Público.” Lo mismo es aplicable a la legislación actual que se enfatiza con el art. III inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

<sup>165</sup> Así lo dispone la ley 4167, art. 3°.

<sup>166</sup> Ver *supra*, cap. VIII. A igual conclusión se llega aplicando los principios clásicos para la distinción entre contratos civiles y administrativos.

<sup>167</sup> Así el relato de los hechos en el caso *Weltover*, resuelto en 1992 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, publicado en *LL*, 1992-D, 1124, con nota de ZUPPI, “La inmunidad soberana...,” *op. cit.* Ver *infra*, cap. VI.

<sup>168</sup> Para un mayor desarrollo del problema nos remitimos al cap. IV.

<sup>169</sup> Ver nuestro artículo “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64. Ver también *supra*, cap. IV, “Condicionamientos económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio.”

necesidad de recurrir al crédito externo;<sup>170</sup> pero es necesario tener presente que no modifican su régimen jurídico en el extranjero. En todo caso, en estos años del siglo XXI hemos quedado excluidos del acceso al crédito internacional por nuestro primer default en aquel año, el posterior default técnico por la inexactitud de la actualización por el INDEC, la estatización de los fondos de jubilaciones y pensiones en manos de las AFJP, etc. Estos actos han llevado al país a la calificación de economía de frontera, de lo cual no parece tarea fácil salir.

El Estado argentino adopta de vez en cuando medidas sobre aumento de los *ingresos públicos* e incremento de la *deuda pública* interna y externa, pero pocas sobre *ahorro* del gasto público. A la demora producida en ajustar el gasto público real<sup>171</sup> se suman, con un efecto sinérgico o potenciador, erogaciones que no guardan relación con la escasez de recursos, más la permanente imposibilidad de lograr una ecuación razonable entre el costo presupuestario en materia social, educativa, sanitaria, etc. y el valor de los servicios que se prestan.<sup>172</sup>

Lo más difícil de todo pareciera ser erradicar los gastos que elevan incausada e irrazonablemente el gasto público, fenómeno recurrente en la historia argentina, no realizar obras públicas innecesarias ni menos aun contratar con alguien simplemente porque otorga crédito; no emplear el gran contrato superfluo para recaudar fondos “políticos,” con lo cual el costo social es doble: la “recaudación” y la erogación innecesaria del Estado.

De allí que el dictado de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su art. III inc. 5° exige la *eficiencia* de la contratación pública, deba verse como un imperativo jurídico tanto supranacional como interno, operativo al destino que se da a los fondos externos en el presupuesto interno y su ejecución.

## 9. Conclusión

En suma, los contratos que celebra la administración tienen todos un régimen en parte de derecho público, pero que no es uniforme; todos pueden ser *denominados* “contratos administrativos,” pero no tienen igual régimen jurídico entre sí, pues existen gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público.

Si antiguamente podíamos encontrar dos categorías bien definidas y totalmente opuestas de contratos de la administración, los civiles y administrativos,

<sup>170</sup> Decía POSADA en 1898 que el uso del crédito se justificaba para invertir en obras de rédito futuro o si no “bien pueden implicar gastos en razón: 1.° de una gran calamidad pública: una guerra; y 2.°, de una mala administración, por imprevisión, inmoralidad, etc., etc., en cuyo caso la deuda supone carga grave improductiva.” POSADA, ADOLFO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898, pp. 412-3.

<sup>171</sup> Con todo, ante la “vulnerabilidad externa,” según sus fundamentos, se celebra el “compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal,” aprobado por ley 25.400 (modificada por ley 25.570), cuyo objetivo es “alcanzar el equilibrio fiscal.” (Art. 8°)

<sup>172</sup> “El Estado ha de aumentar su efectividad social, sus actuaciones han de ser productivas en términos sociales [...] *La relación entre el coste de las organizaciones y los resultados obtenidos no guarda proporción:*” INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Congreso iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Madrid, Alcalá de Henares, 1985, p. 30.

hoy en cambio encontramos un acercamiento de los extremos, que no alcanza a ser total y que deja subsistentes matices susceptibles de agrupación en tres grandes conjuntos.

Dentro de esa zona cubierta por los contratos administrativos corresponde ubicar como más próximos al derecho administrativo clásico de fines del siglo pasado y comienzos del presente, a las concesiones y licencias de servicios públicos en condiciones monopólicas o de exclusividad, al contrato de empréstito público interno y, en menor medida, a la concesión de obra pública. Se trata de la aplicación más intensa del derecho público.

Un segundo grupo se integra con el contrato de función pública, la concesión y el permiso de uso del dominio público y privado del Estado; en menor grado, los contratos de suministros y obra pública.

Más cerca del derecho privado encontramos al contrato de compraventa de inmuebles, al de locación y luego a los demás contratos: cesión, permuta, donación, préstamo, etc. que, bueno es reiterarlo, no se mantienen siempre con sus típicos caracteres civilistas.

El contrato de crédito externo, enteramente sometido al derecho privado de la jurisdicción en que se celebra y ejecuta el contrato, está por el momento excluído de nuevas contrataciones, lo cual parece un paso necesario para al ajuste de las cuentas públicas.