

**CONTRATOS
DE LA ADMINISTRACIÓN
TEORÍA Y PRÁCTICA**

**Enrique Alonso Regueira
Ariel Cardaci Méndez
Martín Cormick
Nicolás P. Diana
Guido Julián Dubinski
Gonzalo S. Kodelia**

Prólogo de Mario Rejtman Farah

**DIAMANTES
EN ALMÍBAR**

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN TEORÍA Y PRÁCTICA

**Enrique Alonso Regueira
Ariel Cardaci Méndez
Martín Cormick
Nicolás P. Diana
Guido Julián Dubinski
Gonzalo S. Kodelia**

Prólogo de Mario Rejtman Farah

DIAMANTES
EN ALMÍBAR

Contratos de la Administración: teoría y práctica / Enrique M. Alonso Regueira ... [et al].
- 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Patricia
Raquel Yamella, 2017.
308 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-42-6297-4

1. Derecho. I. Alonso Regueira, Enrique M.
CDD 341

Foto de tapa: Agustín Ibarlucía

Impreso en el mes de Diciembre de 2017 en La Imprenta Ya SRL,
Alfárez Hipólito Bouchard 4381, Munro, Prov. de Buenos Aires, Argentina.
www.laimprentaya.com.ar

Queda rigurosamente prohibida cualquier forma de reproducción, distribución,
comunicación pública o transformación total o parcial de esta obra sin
el permiso escrito de los titulares de los derechos de explotación.

AUTORES



Enrique Alonso Regueira

Abogado (UBA). Docente de grado y posgrado en materias relacionadas con el Derecho Administrativo en dicha universidad, en las universidades nacionales de Lomas de Zamora, Río Negro, del Litoral y de La Matanza, y en las Escuelas de Posgrado del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) y de la Procuración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Secretario de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Investigador LomasCyT. Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. <https://alonsoregueira.academia.edu>.



Ariel Cardaci Méndez

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesor de Derecho Administrativo y Contratos Administrativos (UBA, UCES y UMSA). Secretario de Redacción de la *Revista de Derecho Administrativo* (ReDA) de la editorial Abeledo Perrot que dirige el Dr. JUAN CARLOS CASSAGNE. Secretario del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora. Profesorero y Director del Instituto de Derecho Público (Línea de investigación en Contratos Administrativos) de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA. Autor del libro *Revocación del contrato de obra pública*. Coautor de los libros *Estudios de Derecho Público*, *Colección de Máximos Precedentes - Derecho Administrativo*, *Tratado General de los Contratos Públicos*, *El Control de la Actividad Estatal* y *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001. Comentado, anotado y concordado*.



Nicolás P. Diana

Abogado con orientación en Derecho Público, Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública y doctorando en Derecho (UBA). Profesor titular regular y Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNPAZ. Ha sido docente de grado y posgrado en la UBA, UNLAM, UNT, la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación y la Escuela de Gobierno de la provincia de Chaco. Autor de diversos libros y publicaciones y conferencista sobre temas de Derecho Administrativo, derechos humanos y salud mental.



Abogado y Candidato a Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA, tesis aprobada en elaboración). Docente de posgrado en la Escuela de Abogados del Estado, en la Especialización en Abogacía del Estado y en la Universidad Nacional de La Matanza (maestría en Derecho Administrativo, materia Servicios Públicos). En grado, en la Universidad Nacional de Avellaneda (Derecho Constitucional) y la Universidad Nacional de Moreno (Derecho Constitucional y Administrativo). Coordinador de la revista de la carrera de Abogacía de la Universidad de José C. Paz. Coautor del libro *Reglamento de Contrataciones del Estado* (Obra Colectiva - Director MARIO REJTMAN FARAH) y autor de artículos relacionados con la materia. Director de Asistencia Técnica en la Defensoría General de la Ciudad Buenos Aires.

.....



Abogado y Candidato a Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA, tesis en elaboración). Docente de grado en la materia Elementos de Derecho Administrativo y Contratos Administrativos (UBA), en la Escuela de Posgrado del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) y UMSA. Tesorero de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Coautor de los libros *Estudios de Derecho Público, El Control de la Actividad Estatal y Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001. Comentado, anotado y concordado*, y de numerosos artículos sobre la especialidad.

.....



Abogado y candidato a Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente regular del área Derecho Público y Secretario Académico de la Universidad Nacional de José C. Paz. Coautor de los libros *Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema; El control de la actividad estatal; Derecho Administrativo. Legislación usual comentada; Nuevos Procesos Constitucionales en América Latina*.

ÍNDICE

AUTORES.....	5
PRÓLOGO Mario Rejtman Farah	11
PRESENTACIÓN	15
CAPÍTULO I TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	17
Gonzalo S. Kodelia	17
I. INTRODUCCIÓN	17
II. UNA TEORÍA PRESCRIPTIVA Y MÍSTICA.....	19
III. IMPLICANCIAS POLÍTICAS DE UNA TEORÍA JURÍDICA.....	23
IV. CONCEPTUALISMO Y ESENCIALISMO	24
V. LO QUE LA TEORÍA <i>DICE</i> , LO QUE LA TEORÍA <i>HACE</i> . PROPAGANDA Y ACCIÓN	29
VI. CONTENIDOS SUBJETIVO, OBJETIVO Y JURÍDICO DE LA TEORÍA.....	33
<i>VI.1. Las partes del contrato administrativo</i>	36
<i>VI.2. Los “fines propios” de la Administración</i>	41
<i>VI.3. El régimen y las cláusulas exorbitantes</i>	43
VII. CONSAGRACIÓN NORMATIVA: LA <i>ÍNDOLE ADMINISTRATIVA</i> DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	48
VIII. COMPRAS PÚBLICAS: ¿QUÉ NECESIDADES DEBEN SATISFACER?	50
IX. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. LOS TBI Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL	53
X. HAY VIDA DESPUÉS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	57
XI. LA PERSISTENTE ILUSIÓN DE ABARCARLO TODO. POR UNA ALTERNATIVA DESDE EL DERECHO PÚBLICO.....	63
CAPÍTULO II SELECCIÓN DEL CONTRATISTA	69
Martín Cormick.....	69
I. INTRODUCCIÓN	69
II. ¿CÓMO DEBE DEMANDAR LOS BIENES EL ESTADO? LA REGLA LICITACIÓN PÚBLICA - CONCURSO PÚBLICO.....	71
III. PRINCIPIOS APLICABLES	73
<i>III.1. Principio de Legalidad</i>	76
<i>III.2. Principio de Razonabilidad y Eficiencia y Celeridad, Economía y Sencillez (conf. artículo 1, inciso b, LNPA)</i>	80
<i>III.3. Principio de concurrencia e informalismo a favor del administrado (artículo 1, inciso c, LNPA)</i>	82
<i>III.4. Principio de Transparencia y Publicidad y la reserva de actuaciones (conf. artículo 2, inciso c, LNPA)</i>	84

III.5. Principio de Igualdad	88
III.6. Debido Proceso Adjetivo	90
III.7. Otros principios	91
III.8. Corolario	92
IV. EXCEPCIONES A LA REGLA – LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS	95
IV.1. Contratación Directa. Excepciones taxativamente establecidas en el artículo 25.d) del Decreto 1023/01	95
IV.1.1. Por límite de monto	96
IV.1.2. Por especialidad.....	99
IV.1.3. Por exclusividad	100
IV.1.4. Por Licitación Fracasada o Desierta. Requisitos	100
IV.1.5. Urgencia y emergencia.....	100
IV.1.6. Secretas	103
IV.1.7. Reparación de maquinarias	104
IV.1.8. Contratos interadministrativos.....	105
IV.1.9. Compra o Locación de Inmuebles. Un procedimiento atípico no desarrollado debidamente	107
IV.1.10. Excepciones por fuera del Decreto 1023/01. Contratos Excluidos, artículo 5, Decreto 1023/01.....	108
IV.1.11. Legítimo Abono.....	109
IV.1.12. Conclusión.....	111
V. ¿CÓMO FUNCIONA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL?	111
V.1. Definición del bien o servicio	112
V.2. ¿Cómo definir el bien o servicio que busco?	115
V.2.1. El Pliego	115
V.3. Presentación de la oferta.....	121
V.4. La Preadjudicación y la Adjudicación.....	124
V.4.1. Preadjudicación. El concepto Oferta más conveniente.....	126
V.4.2. Adjudicación	127
CAPÍTULO III LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO	129
Enrique Alonso Regueira	129
I. PROEMIO	129
II. LA FACULTAD REVOCATORIA.....	131
IV. EL ADJUDICATARIO.....	133
V. LA LEGITIMIDAD DEL DESISTIMIENTO.....	135
V.1. Las causas fundamentadas	136

V.2. <i>El derecho a impugnar</i>	138
VI. LAS CUESTIONES DE ILEGITIMIDAD	139
VII. OPORTUNIDAD, MÉRITO Y CONVENIENCIA	140
VIII. EL ALCANCE DE LA REPARACIÓN	141
IX. LA INDEMNIZACIÓN EXCLUIDA POR EL PLIEGO	142
CAPÍTULO IV LAS PRERROGATIVAS ESTATALES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	145
Ariel Cardaci Méndez	145
I. INTRODUCCIÓN	145
II. LA NORMATIVA APLICABLE	147
III. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.....	150
IV. REVOCACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA	151
V. CADUCIDAD, RESOLUCIÓN O RESCISIÓN	154
VI. MODIFICACIÓN UNILATERAL	158
VII. PODER DE CONTROL, INSPECCIÓN Y DIRECCIÓN	163
VIII. IMPOSICIÓN DE PENALIDADES Y SANCIONES.....	165
IX. EJECUCIÓN DIRECTA DEL CONTRATO	174
X. LA FACULTAD DE INSPECCIONAR OFICINAS Y LIBROS.....	176
XI. PRÓRROGA DEL CONTRATO	177
XII. CONCLUSIÓN	178
CAPÍTULO V INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EFECTOS. SANCIONES.....	181
Guido Julián Dubinski	181
I. INTRODUCCIÓN	181
II. MARCO LEGAL. RÉGIMEN DE INFRACCIONES CATALOGADAS COMO SANCIONES Y PENALIDADES.....	188
II.1. <i>Penalidades</i>	192
II.1.1. <i>Pérdida de garantía de mantenimiento de oferta o de cumplimiento de contrato</i> ...	192
II.1.2. <i>Multa por mora</i>	194
II.1.3. <i>Rescisión</i>	197
II.2.1. <i>Apercibimiento</i>	202
II.2.2. <i>Suspensión</i>	203
II.2.3. <i>Inhabilitación</i>	207
III. PROCEDIMIENTO	209
IV. GRADUALIDAD.....	211
V. COLOFÓN.....	213
CAPÍTULO VI EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (PPP).....	217

Nicolás P. Diana	217
I. INTRODUCCIÓN	217
II. RETROSPECTIVA (PROSPECTIVAS PASADAS Y FRACASADAS)	223
III. PROSPECTIVAS PRESENTES	224
IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A PPP	228
V. ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA REGLAMENTACIÓN APROBADA POR EL DECRETO 118/17	250
VI. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL PPP	263
VII. ¿GALIMATÍAS?	285
BIBLIOGRAFÍA	291

Las compras públicas tienen una entidad nada despreciable con relación al desarrollo económico de cualquier país. A su vez, si nos enfocamos en los contratos de obras públicas, observamos que, generalmente, ellos se centran en proyectos de infraestructura, de vivienda, de servicios o de producción de bienes públicos. Su incidencia, pues, en la actividad jurídica, económica, política o social no es una cuestión menor. Los autores lo saben y con seguridad para ellos no fue esto ajeno al momento de seleccionar los contenidos desarrollados en cada uno de los capítulos que integran este libro.

Alrededor de aquellos se han analizado, a su vez, un conjunto de principios que impregnan a toda la institución de los contratos administrativos y de los que se derivan consecuencias diversas que retroalimentan al propio objeto de estudio de este trabajo.

Los autores se ocupan de responder y dar cuenta de tales principios y de algunos de los principales problemas en torno al régimen de contrataciones del Estado. ¿Existe una teoría general del contrato administrativo? ¿Las potestades exorbitantes o prerrogativas del Estado constituyen una consecuencia propia de este? ¿Cuál es el peso de las normas al momento de resolver un conflicto en el marco de un proceso de selección de un contratista estatal o durante la ejecución del contrato? ¿Cuáles son los principales núcleos que es necesario analizar al momento de identificar las diferentes etapas del procedimiento de selección del contratista estatal? ¿Existe la responsabilidad precontractual del Estado? ¿En tal caso, con qué alcances? ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento contractual? ¿Cuáles son las principales variables que atraviesan al nuevo régimen de participación público-privada?

Son estos sólo algunos de los interrogantes que, con alta solvencia intelectual, se proponen responder los autores. Lo hacen a partir de diversos marcos conceptuales y a través de una perspectiva que une las teorías involucradas en cada uno de ellos con una sólida experiencia en lo referido al funcionamiento efectivo del sistema vigente. Tarea nada sencilla por cierto. La obra permite así, una vez más, reafirmar que el

Derecho no es una mera práctica discursiva o un conjunto de reglas jurídicas. Por cierto es imprescindible conocer las normas que integran el Derecho positivo y la doctrina y jurisprudencia que a partir de este se han desarrollado. Pero ello no es suficiente. A lo largo de las páginas de este libro, los autores también se ocupan de cómo estas se aplican, se ejecutan y se cumplen.

GONZALO KODELIA nos propone, así, indagar respecto a si existe o no una teoría general del contrato administrativo. Bien lo señala el autor cuando menciona que al hacerlo se ponen en juego consecuencias concretas. Con calificadas y actualizadas citas, desarrolla las múltiples implicancias que conllevan los contenidos planteados.

Los principios que rigen a la contratación administrativa y cómo se aplican en las distintas etapas del procedimiento de selección del contratista estatal son desarrollados por MARTÍN CORMICK, no sólo desde una perspectiva normativa –lo que realiza con precisión– sino también analizando su grado efectivo de operatividad.

A su turno, ENRIQUE ALONSO REGUEIRA examina exhaustivamente la responsabilidad precontractual del Estado. Al hacerlo, pone especial atención en la jurisprudencia aplicable, las diversas aristas que aquella plantea y sus consecuencias. Si algo queda en claro, a través del desarrollo que efectúa, es que el Derecho constituye un sistema reticular y que, en tal sentido, este tipo de responsabilidad no es sino una ostensible muestra de ello. El Derecho aplicado por los jueces frente a conflictos singulares, que ALONSO REGUEIRA domina en profundidad, se convierte aquí en una herramienta imprescindible para una visión sistémica de las ideas expuestas por el autor.

Las prerrogativas estatales con relación a los contratos administrativos son siempre un aspecto polémico y, a la vez, pleno de matices. ARIEL CARDACI MÉNDEZ los encara con precisos y agudos fundamentos. Independientemente de compartir o no sus conclusiones, la cuestión (y como ella es tratada) constituye un punto central en la contratación administrativa, tanto para la Administración Pública como para el contratista estatal.

GUIDO DUBINSKI se ocupa del incumplimiento del contrato y sus efectos, distinguiendo en el régimen de infracciones tanto las sanciones como las penalidades.

Formula también interesantes propuestas que permiten enriquecer la visión tradicional de aquel y facilitan su comprensión.

Los contratos de participación público-privada, revitalizados a partir del dictado de la Ley 27.328, son abordados por NICOLÁS DIANA tanto desde su regulación legal como reglamentaria. Efectúa el autor un análisis retrospectivo del tema, aspecto imprescindible a tener en cuenta, pero avanza también con una mirada prospectiva, que permite contar con un desafiante panorama para facilitar la comprensión de esta modalidad contractual.

Está claro que los autores son destacados administrativistas. Saben que la realidad no siempre funciona en el camino literal de las normas y conocen al Derecho practicado y el real funcionamiento de los contratos públicos. Es tal vez allí donde la obra adquiere mayor valor, si ello fuera posible. Ninguno de ellos cree en el poder mágico de las regulaciones normativas, saben que ninguna es aséptica o neutral, y en cada caso toman partido con relación a diferentes dilemas que aquellas nos presentan. No eluden ni soslayan proponer soluciones que pueden resultar controversiales. Algunas incluso respecto a las cuales tal vez existan disensos, no desestimo que probablemente también entre ellos mismos. Es este un valor adicional de este libro.

Tengo la percepción de que varias de las cuestiones y problemas que identifican los autores exceden el ámbito de las contrataciones administrativas y atraviesan a toda nuestra disciplina. Se vinculan así, por ejemplo, con la frecuente débil motivación de los actos administrativos a través de los cuales se ejercen ciertas potestades, con la existencia de plazos fugaces y perentorios vencidos que prescriben o caducan derechos, con la admisión de la presunción de legitimidad lisa y llana y sin cortapisas, con el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria de la Administración Pública o con el escaso, cuando no nulo, control existente sobre la actividad estatal.

El haber compartido con los coautores las aulas universitarias y el unirme a ellos un profundo respeto profesional no tiñe de subjetividad este Prólogo. Lo aquí expuesto se sostiene en la certeza de que existe en todos ellos una visión del Derecho Administrativo que inspira sus valoraciones y opiniones. Se podrá o no estar de

acuerdo con ellas, pero sin duda son el fruto de un meditado análisis. En cualquier caso, y precisamente por esa historia recorrida, es que celebro también esta destacada publicación.

Si como alguna vez se mencionó, toda apología es un asesinato por entusiasmo, quisiera ser expresamente mesurado. Pero no puedo silenciar los elogios que me merece un trabajo de excelente y precisa factura y, sobre todo, de notoria actualidad. No son pocos los méritos en un área en la cual existen varias y muy buenas obras.

La lectura de los capítulos que integran este libro permitirá a sus lectores ratificar tales conclusiones. Las agudas observaciones que todos ellos formulan contribuirá, sin duda alguna, a mejorar la efectividad del marco normativo y su imperatividad, y a una mejor, más completa y enriquecedora visión de las contrataciones administrativas.

Buenos Aires, agosto de 2017.

MARIO REJTMAN FARAH

PRESENTACIÓN

Cuando hace unos meses nos propusimos escribir un libro sobre contratos administrativos, nos empezaron a surgir diferentes preguntas. ¿Por qué otro libro de contratos administrativos? ¿Qué podemos aportar? ¿Qué buscamos con este libro?

Si bien las respuestas no son tan sencillas y, quizás, no coincidentes entre todos los autores, este libro pretende abordar, sin cerrarse en incumplibles teorías –pero sin dejar de detallarlas–, cómo se va desarrollando la vida de un contrato administrativo en la práctica: desde su conceptualización teórica hasta sus posibles alternativas de finalización, dejando un capítulo para una novedosa herramienta jurídica, la cual, quizás, y de acuerdo a su desarrollo, merezca mayor espacio o una obra autónoma.

El objetivo es que el lector no se hunda en tediosas exposiciones que sólo marcan aspectos teóricos, ni tampoco que no pueda analizar las situaciones fácticas sin un ancla en lo jurídico.

Como todo libro, pretende dejar alguna huella. En nuestro caso, con sólo generar espacio para nuevas preguntas, repensar temas y aportar –aunque sea de una modesta manera– a estos debates, estaremos hechos.

El libro no requiere ser leído en su totalidad. La búsqueda de capítulos pretende ser un ordenador para aquellos operadores jurídicos que requieren una respuesta puntual a algunas circunstancias concretas que nos va deparando la labor diaria.

Esperamos que les resulte.

Los autores.

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

GONZALO S. KODELIA

“Lo primero que sentí fue asombro. Ellos acababan de robar la fruta del árbol prohibido... Me sorprendieron, yo los había hecho, pero yo no sabía que el barro podía ser luminoso. Después, lo reconozco, sentí envidia. Como nadie puede darme órdenes, ignoro la dignidad de la desobediencia”¹.

I. INTRODUCCIÓN

El profesor MONDRIAN KILROY —el preferido del chico genio GOULD— en su inédito *Ensayo sobre la honestidad intelectual*, definió a las ideas como “expresiones de los hombres utilizadas como armas”. Pero armas de subsistencia. No para la batalla por un fin transpersonal, ni altruista. Armas para que el intelectual *sea*, exista.

El intelectual existe *en y por* su idea, sin ella no existe, muere. La defensa de la idea es *su* defensa, no la de un valor trascendente. No hay filantropía alguna, es la defensa más autointeresada, más hedónica, un ejercicio autocomplaciente.

¹ GALEANO, EDUARDO, *El libro de los abrazos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010, p. 76.

La *idea* hace del intelectual

“... el hombre que es ahora, rodeado de admiración, y ganas de acercársele [...] de vez en cuando entre la multitud atrapa al vuelo los ojos de una mujer cargados de deseo [...] ¿hay que sorprenderse si está dispuesto a *morir* por su idea?, él *existe* en esa idea, ¿qué significa *morir por esa idea*? estaría *muerto* de todas formas si se la quitaran, se *salva* en esa idea [...] hasta los mejores, los que construyen justicia, progreso, libertad, futuro, incluso para ellos se trata de una cuestión de supervivencia [...] y por mucho asco que nos dé admitirlo, están en su derecho, su deshonestidad es una lógica deducción de un deseo primario [...] no puede pedírsele a un ciego que vaya al cine, no puede pedírsele a un intelectual que sea honesto, no creo, de verdad, que pueda pedírsele”².

El marcado escepticismo de estas sutiles palabras y su descarnada ironía, aun con la necesidad de atemperarlas, no le quitan acierto en la percepción. Proyectando, sus conclusiones pueden trasladarse al producto del intelectual, es decir, a sus teorías. Y si éstas asumen la pretensión de ser generales, la cuestión se complica.

Efectivamente, el afán de generalidad encierra la idea totalizadora de orden, de normalización de las relaciones. Y el orden es un asunto complejo.

El orden pretende el dominio absoluto —la eterna e inútil persecución del obsesivo— que además, incluye una especie de pulsión mortuoria y así, JAKUB se pregunta:

“¿Qué impulsaba a esta gente a desempeñar su triste actividad? ¿La maldad? Seguro, pero también el ansia de orden. Porque el ansia de orden pretende convertir el mundo de los hombres en el reino de lo inorgánico, en el que todo marcha, funciona, sometido a un orden suprapersonal. El ansia de orden es al mismo tiempo ansia de muerte, porque la vida es una permanente alteración del orden. O dicho al revés: el ansia de orden es el virtuoso pretexto con el cual el odio a la gente justifica su

.....

² BARICCO, ALESSANDRO, *City*, Barcelona, Anagrama, 2000, ps. 213-215.

actuación devastadora”³.

No confiar en el intelectual ni en sus teorías es ponerlas a prueba, es saber más de ellas y de sus aspiraciones. También es trabajar para disputarlas, para sacarles su cetro, remover su pompa. Es intervenir en la batalla simbólica porque consideramos necesaria esa pelea y, en el camino, es atreverse a construir nuevas opciones.

La Teoría General del Contrato Administrativo (TGCA) ha logrado imponerse en el campo del Derecho Público hasta alcanzar su consagración normativa en el Decreto Delegado 1023/01, por el cual se aprobó el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN).

El recorrido propuesto intentará describir los orígenes, evolución y contenidos de la teoría, para luego esbozar algunas críticas y finalizar con una propuesta alternativa. Lo que se pretende es contribuir a la negación de un final de juego, de *discusión superada*, de veredicto favorable a su bondad.

De esta forma, la propuesta de discusión de la figura del *contrato administrativo*, de la crítica a su programa jurídico, pretende una contribución nutriente para regenerar las instituciones del Derecho Administrativo.

En definitiva, la desconfianza —como la desobediencia— también es una apuesta por la dignidad.

II. UNA TEORÍA PRESCRIPTIVA Y MÍSTICA

Las pretensiones de la TGCA no parecen enfocarse en lo que debiera constituir el objeto último del conocimiento científico: la obtención de generalizaciones teóricas a partir de observaciones empíricas.

La lógica de la inferencia no constituye su itinerario, sino que asume,

.....
³ KUNDERA, MILAN, *La despedida*, Buenos Aires, Círculo de Lectores, 1987, ps. 91-92.

precisamente, el camino inverso: desde un modelo prearmado con algunos contenidos mínimos, fuerza esas porciones de realidad que desea abarcar para que encajen, aun al costo de renunciar —como veremos— a esos mínimos contenidos que le dan algún sentido.

Las teorías son puntos de llegada en los cuales culminan las investigaciones, pero también líneas de salida en tanto objetan o fortalecen teorías ya existentes. A lo que no pueden renunciar es al recorrido previo por un sendero basado en la experiencia sensible, lo que permitirá convertirlas en “una interrelación sistematizada de conceptos expresada generalmente en términos probabilísticos”⁴.

Sin embargo, no son esas ansias descriptivas y causales las que movilizan a la TGCA y, sin esos estímulos, la teoría, en cuanto probabilidad predictiva, pierde valor.

Por el contrario, la configuración *a priori* de la categoría del *contrato administrativo* pretende desplegar consecuencias normativas que disparan desde la sola adjudicación terminológica. Es decir, la imposición de ese *sello* a un fenómeno jurídico determinado, en el caso, a un acuerdo de voluntades, intenta disciplinar prescriptivamente al caso, sin postular su indagación empírica profunda, comparativa y causal, pero además (y sobre todo) sin una definición relativamente cierta de propósitos más que, una vez atrapado el caso por la teoría, aplicar las normas adjetivas (competencia y procedimiento) y sustantivas (objeto y causa) del Derecho Público.

De esta manera, la teoría asume postulados místicos, ya que el Derecho de la Administración es invocado como protección de los dioses para conjurar, no sabemos muy bien, qué mal. Como veremos, la adjudicación de la categoría no ha redundado en beneficios al Estado ni a las arcas públicas, sino que, muy por el contrario, ha reportado favores a consorcios de contratistas instalados, a quienes se aseguró un

.....
⁴ ROTMAN, SANTIAGO, “Metodología de la ciencia política”, en AZNAR, LUIS y DE LUCA, MIGUEL (coord.), *Política. Cuestiones y problemas*, Cap. 2, Buenos Aires, Cengage Learning, 2010, p. 38.

patrimonio solvente para la ejecución de sus créditos intangibles y en alza.

La sola calificación de *administrativo* que se da a *toda contratación de la Administración Nacional*, nos indica consecuencias jurídicas directas derivadas de esa imputación⁵:

“En efecto, en nuestro país, basta con calificar a una relación contractual del Estado como ‘administrativa’ para que los derechos de las partes entren en un cono de incertidumbre [...] ¿Existen derechos estatales adicionales a los expresamente estipulados? ¿Son válidas las cláusulas que contrarían las potestades contractuales que la doctrina atribuye al Estado? ¿Qué normas o principios se aplican en ausencia de ley, reglamento o cláusula contractual expresa?”⁶

Es decir, el vocablo opera el despliegue de un menú de competencias para la Administración que no encuentra fundamento normativo más que en su invocación y en el puñado de artículos referidos. Pueden no estar en la ley, pueden no estar en el contrato, pueden incluso ser contrarias a la letra del contrato y, sin embargo, se aplican, atento el carácter irrenunciable atribuido por la doctrina que las auspicia “cuando la potestad está expresamente configurada, en cuanto al alcance de su contenido, y existen razones de orden público, de moralidad administrativa y de promoción de la concurrencia”⁷.

Como una suerte de marca a fuego, un rótulo que hace diferente las cosas, que trastoca las esencias, un escudo contra la desprotección absoluta del “interés público”, el cual es invocado como carta legitimante del obrar administrativo pero nunca explicado útilmente a los efectos de su integración. Una cuestión, antes que jurídica, de fe:

⁵ Estas son, principalmente, las que enumeran, genérica e indiscriminadamente, los artículos 12 y 13 del Decreto Delegado 1023/01, para toda contratación que se entienda como administrativa.

⁶ MAIRAL, HÉCTOR A., "La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano", ED, Serie Especial 2000-2001, ps. 525-542.

⁷ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 49.

“Se trata del absolutismo, monárquico o seudo-democrático, que invoca frases dotadas de un aroma a poderes extranormativos o incluso extraterrenos, en todo caso extra racionales... evoca un clima más propio del discurso de un pastor frente a sus fieles, que de un abogado frente al juez, pero ha tenido no poca difusión bajo el ropaje de seudo razonamiento jurídico [...] la mera apelación emotiva al ‘bien común’ o al ‘interés público’ no tienen más asidero ni credibilidad que las invocaciones a la ‘felicidad general.’ Haría bien el derecho en desembarazarse de tales muletillas emotivas y recurrir solamente a las razones”⁸.

Razones por emociones, argumentos por dogmas, en fin, Derecho por religión.

En suma, un talismán cuyo poder mágico consiste en convertir en legisladores a quienes, por un elemental principio democrático, jamás podrían atreverse a jugar ese rol (funcionarios, jueces, contratistas). Y todo ello para defender un escurridizo *interés público* que no tuvo empacho en crear una *patria contratista* que revierta en su favor las prerrogativas estatales otorgadas por esta figura, para elevar proporcionalmente el costo económico de los contratos del Estado, apuntalándose en este esquema jurídico, que presenta como su estrella a las “cláusulas exorbitantes implícitas”.

Las prerrogativas de la Administración que dimanan de ellas tipifican a todo contrato administrativo por orden de su teoría general, dando la excusa perfecta a los contratistas para elevar el monto de sus ofertas aunque, en definitiva, poco teman de ellas por conocerlas al integrar el selecto *club* de amigos del poder, al ser ellos mismos el auténtico factor de poder. Este *derecho a sorprender* que tiene el Estado frente al contratista evita la incorporación de nuevos operadores y, con ello, la consolidación del grupo instalado de funcionarios y contratistas⁹.

Entonces, si las promesas de la figura no fueron cumplidas, la pregunta se

.....
⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, T. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 9ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, ps. VI-34 y VI-36.

⁹ “Si quienes contratan con él [Estado] saben que pueden confiar en un contrato vinculante, se avendrán a mejores condiciones que si saben de antemano que quedarán librados a la discrecionalidad del Estado”, Mairal, “La teoría del contrato administrativo y el derecho...”, op. cit.

impone: ¿Qué pasa si alguna vez no se hace así? Es la respuesta a este interrogante — o, menos aún, la herejía de plantearlo— lo que nos devela el elevado grado de dogmatismo del concepto y hasta de *tabú*¹⁰.

III. IMPLICANCIAS POLÍTICAS DE UNA TEORÍA JURÍDICA

Afirmar que toda contratación de la Administración Nacional se presumirá administrativa es mucho más que elegir un derecho aplicable a determinados casos. Hay que ver cuál es la integración de ese derecho y cuáles son los infinitos casos que ese derecho viene a reglar. No dudamos en integrar al Derecho Administrativo con actos (normativos o no) degradados en cuanto a su fuente de producción. En el momento dramático de buscar la norma que rija al caso de Derecho Público, pocas veces acude en nuestra ayuda una emanación legislativa, sino que buceamos en las creaciones de la Administración (decretos, resoluciones), pero también en circulares de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), en dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) o transcurrimos prolijos en la práctica del órgano, para que, al fin, tengamos en la mano la carta de triunfo, la solución al caso, aunque haya provenido, quizás, de una fuente con ninguna aptitud para obligar.

Es decir, al establecer la presunción administrativa de toda contratación pública se está prefiriendo el decreto (en el mejor de los casos) a la ley; el Ejecutivo al Legislativo; el decisionismo a la deliberación; la imposición al debate; el personalismo a las mayorías. En fin, implica tomar partido por una posición determinada en cuanto a

¹⁰ “Explica FREUD al referirse al tabú: ‘... que se trata de una serie de limitaciones a las que se someten los pueblos primitivos, ignorando sus razones y sin preocuparse siquiera de investigarlas, pero considerándolas como cosa natural, y perfectamente convencidos de que su violación les atraería los peores castigos’”, BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino. El derecho administrativo como técnica de ordenamiento social*, Buenos Aires, Lajouane, 2009, p. 22, con cita de FREUD, SIGMUND, *Tótem y tabú*, Madrid, Alianza, 1967, p. 33. Dan cuenta los autores del primitivismo aún presente en el Derecho Administrativo, cuando se considera a muchos de sus institutos (habilitación de la instancia, inejecutabilidad del Estado) pertenecientes “ontológicamente al régimen jurídico administrativo cuando en realidad podríamos crear un régimen distinto en el cual estos institutos no existieran. No importa si los mismos funcionan defectuosamente en su aplicación, lo importante [...] es que desde siempre existieron y deberán existir por siempre. No hay espacio para cuestionar su existencia”, p. 23. Pensar un régimen distinto, sin TGCA, es, también, plantear pelea al arcaísmo.

organización política se refiere, contribuyendo a la “liquidación a favor del presidencialismo (y de la Administración Pública) del pleito acerca de la sede verdadera del poder” y al “cambio de la racionalidad interna del Estado”, provocado por la “multiplicación normativa de origen administrativo”. La TGCA deriva, indefectiblemente, “en el cuasi monopolio jurídico y en el práctico monopolio de hecho que tiene hoy la Administración Pública para definir lo que en cada caso y en cada etapa histórica debe ser el ‘interés general’”¹¹.

Esta dinámica fue puesta de relieve también por MAIRAL, resaltando sus raíces históricas y el aporte a ella de la Corte Suprema, desde la patética doctrina *de facto*:

“Esta proliferación y aceptación judicial de la legislación *de facto* produjo en la población una pérdida gradual de su capacidad de reacción ante el fenómeno anormal de un Poder Ejecutivo que legisla [...] No nos extraña, entonces, que con un razonamiento humanamente comprensible [...] la población haya concluido que si un presidente que nadie eligió puede legislar, *a fortiori* puede hacerlo el que resulta de comicios democráticos”¹².

Aumentar el poder de decisión y normación de la Administración es diseñar una particular ingeniería institucional, de la cual se podrá opinar desde diversos enfoques, pero desde el que es relevante para el Derecho, desde el cual debemos obligatoriamente pronunciarnos, es desde aquel que interroga acerca de si este arreglo resulta adecuado o enfrentado a los dispositivos constitucionales sobre relación y organización de los poderes. Incluso más, se pronuncia acerca de dónde — en qué espacio institucional— colocamos el núcleo, el nervio central, de nuestra democracia.

.....

¹¹ SAENZ, JORGE A., Prólogo a los cuatro tomos de GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Parte General, 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, ps. 35-36.

¹² MAIRAL, HÉCTOR A., “La degradación del derecho público argentino”, en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia IV*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, ps. 22-23.

IV. CONCEPTUALISMO Y ESENCIALISMO

La preocupación por hallar el concepto, por encontrar la definición esencial, hace que queden relegadas las implicancias del caso de derecho, las alternativas de solución y la elección de aquella que supere, en mayor grado, el escrutinio de razonabilidad. El concepto primerea, incluso, al régimen jurídico: este pasa a ser un consecuente de la definición. En lugar de analizar las normas que disciplinan la materia contractual o la actuación del ente, se acometen descomunales esfuerzos especulativos que, por mucho que se ajusten, siempre resultan insuficientes.

Esta mecánica lleva a creaciones desmarcadas de los hechos, las normas y las soluciones al problema de derecho, presentando aristas de inutilidad y confusión. Es así que el *contrato administrativo* vaga en “el cielo de los conceptos jurídicos”, ese definido por IHERING en su obra *Jurisprudencia en broma y en serio*¹³.

Ese “cielo” al que IHERING llega mediante el “sueño al que lo condujo la lectura de un tratado de derecho”, es aquel

“... donde los juristas teóricos que ingresan, tienen en común ‘la fe indefectible en el dominio de los conceptos y principios abstractos,’ gracias a la cual están completamente asegurados contra el intento de preocuparse por las consecuencias prácticas de principios y conceptos: esa preocupación es de otros. El paraíso de la ciencia pura y de la lógica jurídica posee como condición de ingreso no tener ninguna relación con la vida. Los conceptos no soportan el contacto con el mundo real”.

Mientras la doctrina más radical entiende a la presencia del Estado como determinante de la calificación administrativa de sus contratos, descartando la posibilidad de que puedan entablarse relaciones contractuales no disciplinadas por un

.....
¹³ CONF. ARIAS, LUIS FEDERICO, “Derecho administrativo: ¿ciencia jurídica o ciencia ficción?”, en SCHEIBLER, *El derecho administrativo...*, op. cit., ps. 101-109.

régimen exorbitante del Derecho Privado¹⁴, otro sector —más moderado— intentó la búsqueda de criterios que permitan la diferenciación entre los contratos administrativos y los de otro tipo (*civiles*) que celebra la Administración.

En ese discurrir, encontró en la *causa fin* del contrato un sostén a su propósito:

“... la finalidad sustantiva o de interés público relevante del contrato administrativo se hace patente cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa, lo cual conduce a la institución de un régimen jurídico específico y exorbitante del derecho privado [...] Y esa causa fin comprende tanto aquellas contrataciones orientadas a un fin público específico y directo como a las que tienen por objeto cosas o bienes instrumentales pertenecientes al derecho administrativo (v. gr., dominio público)”¹⁵.

En esta presentación, la conjunción irreductible de interés público, función administrativa y régimen exorbitante, permite la inclusión, como *administrativos*, de los contratos de atribución¹⁶.

Contrariamente, COVIELLO relaciona al criterio finalista con el elaborado en Francia “que consideraba al Derecho Administrativo como un derecho de los servicios públicos y, por lo tanto, el contrato administrativo era aquel en que el contratista

.....

¹⁴ Uno de los cultores más fieles de esta tesis sustantivista afirma: “No es posible desconocer, en nuestro ordenamiento, que existen figuras típicas de contratos administrativos, que existen regulaciones generales aplicables a todos ellos y aún a los contratos que no se ajusten a una tipicidad definida, tal como lo establece, si bien con defectuosa técnica, nuestro nuevo ‘Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional’, aprobado por el Decreto Delegado N° 1.023/01,” BARRA, RODOLFO CARLOS, “El nuevo Régimen de Contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo”, RAP, Buenos Aires, 2004, 28:13.

¹⁵ CASSAGNE, *El contrato...*, op. cit., ps. 22-23.

¹⁶ “Contratos de ‘atribución’ son aquellos que tienen por objeto conferirles ciertas ventajas a los administrados [concesión de uso de bienes del dominio público y privado del Estado] [...] Contratos de ‘colaboración’ son aquellos en que el cocontratante se obliga hacia el Estado a realizar una prestación que, directa e inmediatamente, tiende a facilitar el cumplimiento de las funciones esenciales o específicas del Estado; por ejemplo: contrato de función o empleo público; concesión de servicio público; construcción de obra pública.” El criterio diferenciador radica en “la prestación principal o fundamental ‘determinante’ del contrato, o sea la que traduce o expresa la esencia o substancia de éste”, que en el primer caso la aporta el Estado —colocando el bien a disposición del concesionario— mientras que en el segundo es la prestación del contratista que satisface la necesidad pública. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, T. III-A, *Contratos Administrativos. De los contratos en particular*, 4ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimp. 1998, p. 113.

colaboraba en la ejecución de un servicio público”¹⁷. Al definir al contrato administrativo —siguiendo esta concepción finalista— como “aquel que tendía de una manera directa e inmediata a la satisfacción de una necesidad pública”, limita su alcance sólo a los contratos de colaboración.

La Corte coqueteó con el criterio finalista hasta su adopción definitiva¹⁸. Pero en esos escauceos previos, la calificación de administrativo o no —de acuerdo a la finalidad perseguida— del contrato que se analizaba, no impidió soluciones idénticas en uno y otro caso, ni tampoco autorizó que el reconocimiento de fines de interés público ubicara automáticamente a la contratación en el campo del Derecho Administrativo.

Así, en “Albano”¹⁹, pese a reconocer que los trabajos contratados “tendían a una finalidad de interés general”, el Tribunal calificó al contrato como de locación de obra y, consecuentemente, concluyó en la aplicación del artículo 1638 Código Civil (CC)²⁰, descartando el régimen de la Ley 13.064, por no considerar a la relación contractual como obra pública.

Fundó su decisión haciendo foco en la letra del contrato y del régimen jurídico aplicable a la entidad estatal, relegando el criterio finalista:

“La lectura de las distintas cláusulas del contrato [...] y su confrontación con las normas de la ley citada [Ley 13.064 de Obras Públicas], despejan toda duda sobre el particular, a lo que cabe agregar como elemento decisivo de juicio que a la fecha del contrato la

¹⁷ COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en CASSAGNE, JUAN CARLOS Y RIVERO YSERN, ENRIQUE (dir.), *La contratación pública*, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 95.

¹⁸ CSJN, 02/03/1993, “Cinplast”, Fallos: 316:212.

¹⁹ CSJN, 22/05/1968, Fallos: 270:446. El actor reclamaba el resarcimiento de los daños que le produjo la rescisión unilateral del contrato que lo ligaba con la empresa Transportes de Buenos Aires y que tenía por objeto el proyecto y dirección técnica de distintas obras. Se discutió si esta relación era de Derecho Privado (locación de obra) o de Derecho Público (obra pública regida por Ley 13.064).

²⁰ El texto entonces vigente decía: “El dueño de la obra puede desistir por su sola voluntad de la construcción de ella, aunque se haya empezado, indemnizando al constructor todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato”.

Corporación de Transportes de Buenos Aires revestía el carácter de una entidad autárquica... asimilada en su funcionamiento a una empresa del Estado. De ahí que el artículo 2 del Decreto 27.998/49, estableció que se adoptaran para aquélla las disposiciones contenidas en el artículo 8 de la Ley 13.653, que disponía que ‘para las empresas del Estado no serán de aplicación las Leyes 12.961 y 13.064’.

De esta forma, sostenida en el contrato y en el artículo 1638, reconoció la procedencia de indemnización del lucro cesante “como si la obra se hubiera terminado [...] esto es, la utilidad total, entera, que podía obtener por el contrato”.

Prescindiendo del enfoque finalista —y de cualquier otro— la Corte calificó como “administrativo” un contrato de fabricación y remodelación de locomotoras y repuestos, suscrito por la Empresa Nacional de Transportes²¹. Sin fundamentos ni esbozo de lo que entendía por tal, dijo: “Que, sentado lo que antecede, debe destacarse que el contrato de autos es de naturaleza administrativa y, como tal, pudo ser rescindido unilateralmente por la Administración por motivos de oportunidad o conveniencia” (considerando 14). Pero esta calificación —tan opuesta conceptualmente a “Albano”— no fue óbice para la aplicación de idéntico régimen jurídico. En efecto, grande es la sorpresa cuando a renglón siguiente se lee: “Que, en esas condiciones, resulta de aplicación al caso el precepto del artículo 1638 del Código Civil” (considerando 15). Este encuadre *administrativo* permitió el reconocimiento de una “utilidad frustrada indemnizable” de casi el doble del monto asignado en la instancia anterior. Otro triunfo, claro que pírrico, de la TGCA.

Considerada “variable”²², esta jurisprudencia muestra, por el contrario, un tratamiento unitario: administrativo en “Porta”, civil (locación de obra) en “Albano”, la problemática suscitada por la contratación encontró su solución en idéntica normativa. Nada agregó la calificación. El concepto planeó en su “cielo” sin molestarse en

.....

²¹ CSJN, 20/09/1973, “Livio Dante Porta”, Fallos: 286:333. Se trataba también, de un reclamo por daños y perjuicios, producto de la rescisión contractual intempestiva por parte del ente estatal.

²² COVIELLO, “La teoría general del contrato administrativo...”, en CASSAGNE Y RIVERO YSERN (dirs.), op. cit., p. 97, anteponiendo el concepto a la norma que dio solución al caso de derecho.

aterrizar.

El rescate del régimen jurídico por sobre el concepto, dice presente también en “Intecar”²³. Confirmando el criterio de la alzada, el tribunal rechazó la calificación de administrativo otorgada por la primera instancia, sin entrar en discusiones ontológicas, sino analizando las normas del Decreto Ley 18.360/69, las cuales creaban al ente contratante reglando su actividad y relaciones. Así, invocando sus artículos 4, inciso f), y 41²⁴, declaró inaplicable la Ley 12.910 de variación de costos, “atendiendo a que resulta complementaria del régimen del contrato de obra pública”.

Finalmente, esta resistencia del régimen jurídico cede ante la presión del criterio finalista. En decisiones vinculadas a cuestiones de competencia entre los Fueros Federales Civil y Comercial, y Contencioso Administrativo, en las cuales resultaba involucrada —al igual que en “Intecar”— Ferrocarriles Argentinos y su marco normativo de creación y actuación, se resuelve adjudicar la causa al segundo por reconocer en “la entidad estatal facultades más bien propias de las convenciones de derecho público que de las de derecho privado, máxime teniendo en cuenta los objetivos de carácter público que cumple el ente creado por la Ley 18.360”²⁵.

La TGCA no solo tuerce lo acordado en el contrato, sino que atenta contra la ley, contrariándola.

.....

²³ CSJN, 28/06/1979, “Intecar”, Fallos: 301:525. La discusión se dio en torno a un contrato de provisión de zorras suscrito por Ferrocarriles Argentinos, sobre el cual se demandó el reconocimiento de mayores costos.

²⁴ Artículo 4: “Para el cumplimiento de sus fines, Ferrocarriles Argentinos tiene las siguientes atribuciones y obligaciones [...] f) Contratar la ejecución de trabajos y la fabricación de elementos ferroviarios bajo el régimen privado de locación de obras y servicios”; artículo 41: “No serán de aplicación a Ferrocarriles Argentinos las disposiciones de las leyes de contabilidad, de obras públicas, de empresas del Estado y normas reglamentarias o complementarias de las mismas”.

²⁵ CSJN, 26/04/1984, “Ferrocarriles Argentinos c/ Jorge Papadópulos”, Fallos: 306:333 y 28/06/1984, “Ferrocarriles Argentinos c/ Inforex SA”, Fallos: 306:762.

V. LO QUE LA TEORÍA DICE, LO QUE LA TEORÍA HACE. PROPAGANDA Y ACCIÓN

Después de varios recorridos, entonces, quedó plasmada normativamente la categoría del *contrato administrativo*, y las notas características de su Teoría General, lo cual, lejos de implicar *el fin de la historia*, un punto de llegada, impulsa una nueva discusión, una nueva partida²⁶.

Elo así, porque merece ser destacado que este esquema, cuyo basamento nutritivo queda constituido por la TGCA, sin perjuicio de ser presentado como protectorio de los intereses públicos, impone un mecanismo que favorece, y es defendido, por los contratistas conocidos de la Administración, una teoría que sus pretendidas víctimas requieren, contributiva de la *patria contratista*.

En efecto,

“... los proveedores habituales de la Administración contratan sin hesitación bajo estas normas. Concedores de la práctica administrativa saben, en el mejor de los casos, hasta dónde ejerce el Estado sus prerrogativas frente a contrapartes de cuyos bienes o servicios no puede privarse. El riesgo de un ejercicio abusivo de esas prerrogativas es un precio aceptable para limitar la concurrencia de nuevos oferentes que es el efecto que produce el régimen exorbitante de los contratos públicos”²⁷.

Así, pese a la propaganda, la TGCA no opera como incentivo de la aparición de

²⁶ “Creemos que las conclusiones confirmarán la peligrosidad de dicha teoría, agravada ahora por su conversión a norma vigente, tal como vaticináramos en nuestro trabajo inicial sobre el tema cuando contemplamos esta posibilidad”, MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, ps. 3-18. El autor refiere a lo que dijera en “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, ED, ps. 179-655: “La aceptación legal de la teoría no haría sino dar jerarquía de ley a la imprecisión que hoy reina en la materia”.

²⁷ MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, RAP, 2007, p. 83. Más aún, “el autor fue testigo de cómo, en una ocasión, una propuesta similar [se refiere a aquella relacionada con la tercerización en firmas especializadas del control del cumplimiento de los contratos celebrados con la administración] fue rechazada unánimemente tanto por los funcionarios públicos como por los contratistas. También estos últimos preferían que sus prestaciones fueran controladas por la misma administración antes que por consultoras de reputación internacional”, p. 83, nota 207.

nuevos oferentes, es decir, de la concurrencia²⁸, sino que, actuada, coadyuva a la generación de un núcleo cerrado de contratistas concededores de las prácticas administrativas y de los funcionarios que las aplican. En fin, un mecanismo que, al generar beneficios para ambas partes²⁹, resulta potenciado por la defensa conjunta de funcionarios y contratistas instalados³⁰. Más aún, un incentivo a la pervivencia y resistencia de la *patria contratista*, o lo que es igual, el “conjunto de las empresas proveedoras más importantes, que se beneficiaron no sólo de la especulación financiera alimentada por el caos económico, sino también de cuantiosas sinecuras, multimillonarios subsidios y contratos permanentemente sobrefacturados”³¹.

De esta forma, la TGCA queda relacionada con el surgimiento de la “patria financiera y contratista”, y ésta con la violación de los “derechos de propiedad de las grandes mayorías” (DPM), concepto acuñado para referir al traslado de los pasivos de los menos pobres al colectivo nacional, que absorbió las deudas de minorías poderosas³².

Así,

“... hacia 1975, nació la ‘patria financiera y contratista’, que como veremos fue parte del poder detrás del trono durante los treinta años subsiguientes. Ésta convirtió a sucesivas gestiones de gobierno en un festival de reiteradas licuaciones y estatizaciones de la deuda privada, que se sumaron a subsidios cuantiosos y a una corrupción sistémica, funcional a sus intereses [...] El artificio jurídico más importante

²⁸ Aun cuando, invariablemente, aparezca declamada en las normas de contrataciones públicas (artículo 3, inciso b, Decreto Delegado 1023/01).

²⁹ Al funcionario por otorgarle potestades con estándares de control (razonabilidad, proporcionalidad, interés público) auténticamente elásticos y manipulables, y al oferente por evitarle la competencia.

³⁰ “Parecería que quienes llevan a cabo actividades que pasan a ser reguladas por una normativa que incurre en tales excesos la impugnarían de inmediato por irrazonable y ello a veces ocurre. Sin embargo, este tipo de normas no es siempre resistido por los operadores ya instalados, pues reciben de ellas un beneficio indirecto, pero no por ello menos importante, a saber: La barrera que se crea para el ingreso de nuevos operadores en el mercado” , MAIRAL, *Las raíces...*, op. cit., p. 54.

³¹ ESCUDÉ, CARLOS, *Festival de licuaciones: causas y consecuencias de la pobreza en la Argentina*, Buenos Aires, Lumière, 2006, p. 47.

³² ESCUDÉ, op. cit., p. 27.

que hemos identificado hasta la fecha es la llamada doctrina ‘de la intangibilidad de la retribución del cocontratante particular’[...] la Corte abandonó su jurisprudencia restrictiva anterior y abrazó la nueva doctrina en el mismo momento en que comenzaba la oligopolización de la gran obra pública, concentrada en la Unión Argentina de la Construcción. Así se alcanzaba ‘el milagro argentino de eliminar el riesgo empresario y endosar al Estado todo posible quebranto’³³.

La doctrina de la *sustantividad* del contrato administrativo es concluyente:

“De lo que se trata es del reconocimiento de la sustantividad del contrato administrativo [...] Este camino nos debe conducir necesariamente al abandono del principio del ‘riesgo y ventura’ en el campo de los contratos administrativos, en particular el de obra... En el contrato administrativo también rige la regla del *pacta sunt servanda*, pero según la especie propia de la justicia distributiva y en [...] condiciones de mutabilidad [...] No puede regir en este esquema el principio del ‘riesgo y ventura’ simplemente porque es absolutamente contradictorio con la estructura de la relación jurídica, expresión de la justicia distributiva”³⁴.

Y siguen los apoyos institucionales. La Procuración del Tesoro de la Nación entendió con un alcance extenso la garantía del contratista al decir que:

“El restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, no constituye, en el supuesto de las licitaciones, un apartamiento del contenido de los pliegos licitatorios ni, por ende, una violación del principio de igualdad de los oferentes sino, por el contrario, una forma apropiada de garantizar que las condiciones tenidas en cuenta por el adjudicatario al presentar su oferta se mantengan. Ello es así, porque la recomposición del contrato de concesión cuya ecuación económico financiera haya sido afectada por hechos del príncipe no persigue que el concesionario reciba más de lo estipulado en los pliegos y en el contrato licitatorio, sino lo mismo que en ellos se preveía”, calificando como “un principio esencial del Derecho Administrativo [...] con fundamento en el artículo 17 de la Constitución Nacional [...] el derecho primordial y

³³ ESCUDÉ, op. cit., ps. 36 y 48-49, citando a VERBITSKY, HORACIO, *Robo para la Corona: los frutos prohibidos del árbol de la corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1992, ps. 21-31. Y todo dicho desde una plataforma política y económica liberal, tal el anclaje ideológico histórico de Escudé.

³⁴ BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de Obra Pública*, T. III, *Precio. Certificación. Mora. Intangibilidad de la remuneración*, Buenos Aires, Ábaco, 1988, ps. 1131 y 1135.

básico de que debe preservarse el equilibrio económico financiero que tuvo en miras al celebrar su contrato con la Administración cuando ese equilibrio haya sido menoscabado por causas imputables directamente e indirectamente al Estado contratante y por causas no imputables al Estado contratante. El fundamento jurídico de la preservación del equilibrio económico-financiero del contrato reside en el principio de justicia conmutativa, que supone una igualdad o equilibrio entre los derechos y obligaciones del particular y los de la Administración, una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público sin que aquél haya sido previamente resarcido”³⁵.

Cambia la espada justiciera (*distributiva* para BARRA, *conmutativa* para el Procurador del Tesoro), pero el principio sigue incólume. Eso sí, “la tan mentada justicia distributiva termina favoreciendo a los poderosos. En la práctica nunca se la usa a favor de las pequeñas empresas, de las famosas PYMES”³⁶.

VI. CONTENIDOS SUBJETIVO, OBJETIVO Y JURÍDICO DE LA TEORÍA

Ambicioso, el RCAN establece un criterio subjetivo para delimitar su extensión. En ese orden, nos indica que las contrataciones de la Administración Nacional, en principio, son “administrativas”³⁷.

De esta forma, el RCAN asume una posición *sustantivista* de la contratación pública, la cual entiende que todos los contratos que celebra la administración están sujetos a un régimen jurídico comprensivo de las prerrogativas y garantías que otorgan los artículos 12 y 13 del Decreto Delegado 1023/01 y de las construidas por la

³⁵ PTN, 21/08/2002, Dictámenes: 242:277.

³⁶ MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo”, en *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 212.

³⁷ Su artículo 2 remite al artículo 8, inciso a) de la Ley 24.156, es decir, a la “... Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social”. Pero también, por medio de su artículo 39, a los Poderes Legislativo y Judicial, y al Ministerio Público, los cuales “reglamentarán el presente Régimen para su aplicación en sus respectivas jurisdicciones y establecerán los funcionarios que autorizarán y aprobarán las contrataciones”.

jurisprudencia y la doctrina, como las relacionadas con el régimen y las cláusulas exorbitantes, savia nutritiva de la categoría del contrato administrativo.

La tesis de la sustantividad, afirma la existencia de

“... ciertos principios que se encuentran presentes en todos los contratos administrativos concretos, más allá de su regulación normativa [...] las Administraciones Públicas se encuentran sometidas a unas especiales exigencias jurídicas, las que son sustantivas, por lo que existen y se manifiestan en concreto [...] con independencia de la normativa específica de derecho positivo [...] Las normas de derecho positivo, diferentes o iguales en los distintos ordenamientos, son, a estos efectos, accidentales de la sustancial relación jurídica Administración-administrado”³⁸.

Cuesta mucho armonizar a las afirmaciones precedentes con un entendimiento mínimo de democracia. En ese *más allá*, en esa *independencia*, en esa calificación de *accidente*, encontramos una auténtica degradación de la norma, que incorpora necesariamente a su proceso de formación, es decir, a la deliberación. Este *esencialismo* nos propone dejar de lado —o, al menos, ubicar en un lugar secundario— lo que digan las leyes, lo que implica relegar lo que surja del debate democrático y las mayorías.

A la Procuración del Tesoro también le alcanza la presencia estatal para calificar a esas contrataciones de administrativas:

“La sola circunstancia que una de las partes contratantes sea la Administración Pública, resulta suficiente para calificar al contrato como de carácter administrativo [...] Cuando celebra un contrato el sujeto Estado Nacional, o Provincia de Buenos Aires, o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se dan en forma automática los requisitos que lo califican como administrativo, y por ende su régimen jurídico no puede ser el del derecho privado, derecho no común para la Administración”³⁹.

.....
³⁸ BARRA, RODOLFO CARLOS, “La sustantividad del contrato administrativo”, ED, ps.182-1029.

³⁹ PTN, 14/11/2001, Dictámenes: 239:418.

La Corte ingresó la noción de *régimen exorbitante* en “López”⁴⁰, calificando a las cláusulas de los pliegos que rigieron al contrato como demostrativas de que “la ocupación del concesionario se encuentra sometida a un régimen exorbitante del Derecho Privado, lo que lleva a considerar esta causa —*prima facie*— como contencioso administrativa”⁴¹.

Si bien cuenta como antecedente el voto de FAYT en “Dulcamara”⁴², es en “Cinplast”⁴³ donde el Tribunal abraza y define sin escamoteos la categoría del contrato administrativo, al incluir en su esquema jurídico a las cláusulas exorbitantes implícitas. *Contrato administrativo* será, entonces, aquel en el cual “una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado”. Ahora contamos con esa definición cuya ausencia tanto nos angustiaba y que nos permite, en su pretenciosa generalidad, cobijar bajo un manto único, las infinitas posibilidades de relación contractual que se dan entre la administración y los particulares.

Encontramos que el concepto reúne tres contenidos: uno subjetivo (persona jurídica estatal), otro objetivo (fin público o propio de la Administración) y uno último

⁴⁰ CSJN, 26/06/1984, Fallos: 306:731. En “Cima”, el Tribunal anticipó la idea de exorbitancia en materia de prescindibilidad (CSJN, 28/06/1977, Fallos: 298:172).

⁴¹ Se trataba de una concesión para la explotación de un local en el aeropuerto internacional de Ezeiza. En “Serra” (CSJN, 26/10/1993, Fallos: 316:2454), en el cual se discutió la aplicabilidad de plazos de caducidad para demandar a las Administraciones Públicas por créditos derivados de una relación contractual, pulió un poco más el concepto relacionándolo con el principio de división de poderes y el cumplimiento de los objetivos impuestos a la Administración, y definiéndolo como un armónico equilibrio constitucional entre prerrogativas estatales y garantías individuales.

⁴² CSJN, 29/03/1990, Fallos: 313:376. La actora reclamaba mayores costos en el marco de un contrato de obra pública que la ligaba con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel). En su voto separado, Fayt sostuvo “que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado” (considerando 8).

⁴³ CSJN, 02/03/1993, Fallos: 316:212. El Tribunal decidió la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos calificados como administrativos, solo si el contratista prueba que el incumplimiento de la administración le genera la razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones asumidas.

jurídico (cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, explícitas o implícitas).

VI.1. *Las partes del contrato administrativo*

La Corte parece haber consolidado una posición conforme a la cual desconoce aptitud en los particulares concesionarios de obras o servicios públicos, para celebrar contratos administrativos. Así, rechaza la doctrina de la *delegación transestructural de cometidos*⁴⁴ que en algún momento pareció aplicar.

En efecto, en “Schirato”⁴⁵ se rechazó la falta de acción opuesta por el Estado Nacional y se lo condenó al pago de los certificados de obras, mayores costos y lucro cesante, por calificar de arbitraria a la rescisión contractual decidida por la asociación cooperadora. El Tribunal entendió que el Estado no era, “como pretende, un tercero en las relaciones contractuales que se formalizarían; antes bien, resulta claro que actuaría por delegación de facultades a través de las entidades intermedias [públicas —provincias y municipalidades— y privadas —cooperadoras y cooperativas escolares—], correspondiendo su responsabilidad por la forma de financiar la obra, por su destino y por el contralor que ejercería de los bienes”. La doctrina de la delegación de cometidos públicos en un ente privado resolvió la cuestión: “Que, en las condiciones señaladas, se advierte que por delegación expresa emanada de las leyes que regularon la materia, la cooperadora escolar asumió una gestión de conformidad con el especial sistema que se adoptó para ayudar a la acción del Estado en uno de sus

⁴⁴ “Se produce así una nueva vía de conexión entre los dos subordenamientos (público y privado), a través de una asignación, por parte del sector público y en cabeza del sector privado, de la responsabilidad de llevar a cabo cometidos también públicos. Esta asignación asume la forma jurídica de la delegación [...] Pero como la delegación va más allá o trasciende del sector público al privado, realizándose hacia afuera de las estructuras del mismo sector público, la denominamos ‘transestructural’ [...]. Aun así, a diferencia de la figura de la delegación, [...] la ‘transestructural’ se refiere más a los ‘cometidos’ u objetivos específicos dentro de genéricos fines públicos que a límites de atribuciones asignados por la norma al órgano u ente delegante. Hablamos así de ‘delegación transestructural de cometidos’ —y no, estrictamente, de competencias—”, Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de derecho administrativo, T. III, Administración financiera. Jefe de Gabinete. Empresas públicas, Ábaco, Buenos Aires, 2006, ps. 606-607.

⁴⁵ CSJN, 15/04/1982, Fallos: 304:490. Se trataba de la rescisión de un contrato que la actora calificó como de “obra pública” suscrito por una asociación cooperadora escolar en el marco de las Leyes 16.727 y 17.764, para trabajos de modificación y ampliación del edificio escolar.

fines específicos, como lo es el velar por la educación primaria”.

Sin embargo, en “Davaro”⁴⁶ se declaró la competencia del Fuero Civil y Comercial Federal, por entender que “de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda, en el *sub lite* no aparecen cuestionados actos emanados de la Administración Nacional o de entes públicos estatales”, razón por la cual “el presente proceso no puede considerarse comprendido [...] entre las causas contencioso administrativas” por tratarse “de una cuestión suscitada, en forma directa, en el marco de las relaciones jurídicas contractuales entre particulares”. Surgiría de esta última calificación, la incapacidad del particular concesionario para celebrar contratos administrativos.

Tampoco reconoció la existencia de “contrato administrativo” en el precedente “Pluspetrol”⁴⁷. En efecto, el Tribunal entendió que, si bien

“... resulta indudable que concurren elementos de carácter público en el convenio celebrado por Pluspetrol SA y Transener SA y que las normas de ese carácter prevalecen sobre las del Derecho Privado [...] la Administración Pública no fue parte. Es así que no puede asignársele el carácter de contrato administrativo [...] ya que, sin perjuicio de estar sustancialmente regido por el Derecho Público, desde el momento en que no fue celebrado por una persona jurídica estatal, carece del elemento subjetivo esencial que caracteriza a tales contratos”.

La relación así entendida y calificada como “entablada exclusivamente entre dos particulares”, fue el elemento definitorio a fin de aplicar las normas de la Ley 25.561 de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario, referidas a los contratos entre particulares (artículo 11), y no las que reglaban las obligaciones originadas en los

.....

⁴⁶ CSJN, 08/09/1992, Fallos: 313:376. El Tribunal decidió una cuestión de competencia suscitada entre la Justicia Nacional en lo Comercial, Federal en lo Civil y Comercial, y el Fuero Contencioso Administrativo Federal, a fin de entender en la impugnación de facturaciones imputadas al usuario actor, por la empresa prestataria del servicio público telefónico Telecom S.A.

⁴⁷ CSJN, 22/05/2007, Fallos: 330:2286. Se analizó el régimen jurídico aplicable a un contrato de construcción, operación y mantenimiento (COM) suscrito entre la firma Pluspetrol Energy S.A. —empresa dedicada a la generación y comercialización de energía eléctrica— y Transener S.A. —concesionaria del servicio público de transporte del mismo bien— para la construcción e instalación de un banco de capacitores.

contratos de la administración (artículos 8, 9 y 10).

Mayor ambivalencia mostró la Corte con relación a la posibilidad de aplicar el régimen jurídico administrativo a los actos de los entes públicos no estatales, es decir, aquellos que, sin encuadrarse en la Administración Pública,

“... reúnen ciertas características generales, a saber: a) su creación por ley [...] b) existencia de cierto elemento coactivo, en el sentido de que existe con relación a determinados sujetos la obligatoriedad de afiliarse, incorporarse a la entidad creada o contribuir a la integración de su patrimonio; c) intervención, en cierta medida, de las autoridades estatales en la dirección y administración de esas entidades [...] d) control más amplio que el que normalmente se realiza sobre las personas privadas, por parte del Estado; e) cumplimiento de fines de interés general”⁴⁸.

En “Farmacia Roca”⁴⁹ dejó establecido:

“Que los actos o decisiones de los órganos del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Pensionados y Jubilados, en tanto entidad de derecho público no estatal, no son administrativos [...] máxime cuando tienen por objeto el establecimiento de vínculos contractuales con particulares, como los referidos precedentemente. En consecuencia, la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 no es de aplicación al trámite de investigación relacionado con el cumplimiento de las obligaciones convencionales o las causales de suspensión o rescisión del contrato”.

La inaplicabilidad no fue tajante, ya que pesó en la decisión la circunstancia de:

“que el acuerdo de voluntades que regló la relación entre las partes y dio origen a las actuaciones sobre las que se discute en estos autos, no tuvo por objeto directo el cumplimiento de ese servicio público [establecimiento y control administrativo y técnico de ciertas prestaciones de la seguridad social], sino el modo de vinculación comercial o económico entre la farmacia y el PAMI, mediante la regulación de la facturación y forma de pago de los porcentajes del precio de los medicamentos allí

.....
⁴⁸ PTN, 13/06/2005, Dictámenes: 253:473.

⁴⁹ CSJN, 28/2/1989, Fallos: 312:234. Se discutió la aplicación del Decreto Ley 19.549/72 a los contratos celebrados por el Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados.

establecidos”.

.....
39
.....

Esta hendija, permitió a la Procuración del Tesoro reconocer que:

“El Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados es un ente público no estatal y por consiguiente no integra la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada, ni el sector público nacional, circunstancia que lo exime de observar los preceptos normativos del Régimen de Contrataciones del Estado, previsto por el Capítulo VI de la Ley de Contabilidad (artículos 55 a 64), el que se halla vigente según el artículo 137, inciso a) de la Ley 24.156, sino también del ámbito de aplicación de esta última norma. No obstante ello, esta Procuración del Tesoro ha dicho en el Dictamen 026/00 que el contrato a celebrar por dicho Instituto presenta ciertas particularidades que permiten caracterizarlo como contrato administrativo [...] toda vez que tendrá por objeto asegurar en forma directa prestaciones médico asistenciales para dar cobertura a todos los beneficiarios del Instituto —que son la mayoría de los jubilados y pensionados del país— lo cual por sí vincula necesariamente al contrato con la noción de fin o interés público, conceptos que no se encuentran en el derecho común, por no regular este tipo de relación contractual, y que se refieren a un tipo de prestación cuya calidad se exige para los servicios que se licitan por el procedimiento de Concurso Abierto, requiriendo la inclusión de cláusulas que exorbitan a aquellas propias del derecho común o libremente consentidas por las partes en el marco del derecho privado”⁵⁰.

La doctrina parece ser, entonces, que los contratos de los entes públicos no estatales —o, al menos, los del INSSJP— serán administrativos si se relacionan con el cumplimiento del *servicio o interés público* para el cual fueron creados.

Más segura se mostró la Corte en “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Martínez Echenique”⁵¹, al declarar que “la acción intentada ha de considerarse en principio comprendida entre las causas contencioso administrativas a

.....

⁵⁰ PTN, 03/01/2001, Dictámenes: 236:12.

⁵¹ CSJN, 01/09/1992, Fallos: 315:1830. El Tribunal tuvo que resolver un conflicto de competencia suscitado entre la Justicia Nacional en lo Civil y el Fuero Contencioso Administrativo Federal, a raíz de una acción por cobro de cuotas adeudadas por el demandado.

que se refiere el artículo 45, inciso a), de la Ley 13.998, desde que el mencionado artículo 17 de la Ley 23.187 atribuye naturaleza administrativa a los actos o decisiones de dicha entidad actora”. Si los actos del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) son administrativos y si, desde “Metalmecánica”⁵², “los hay de carácter unilateral y bilateral, según que la expresión de voluntad corresponda a uno o a dos sujetos de derecho: la Administración Pública, en el primer caso, y ésta y el administrado, en el segundo”, entendiéndose al *contrato administrativo* como un “acto administrativo bilateral en su formación y también en sus efectos [...] creador de derechos y obligaciones,” el CPACF —como persona de Derecho Público no estatal— tendría aptitud para celebrar contratos administrativos.

A igual conclusión arriba CANDA por una ruta similar. En su línea de pensamiento, si para la Corte el contrato administrativo es una especie del acto administrativo, se estaría produciendo un *quiebre lógico en el razonamiento*. Ello así, por cuanto “en la formulación actual de la jurisprudencia de la Corte, el acto administrativo (género) puede ser dictado por entes no estatales, pero el contrato administrativo (especie) no admite ser suscrito por entes distintos al Estado”⁵³.

Esta expansión del contrato administrativo a las personas públicas no estatales, no es simétrica al ámbito subjetivo de aplicación delimitado por la norma. Como se dijo, el RCAN extiende su alcance a los entes enumerados en el inciso a) del artículo 8 de la Ley 24.156 y no a los definidos en el inciso c)⁵⁴, espacio normativo en el cual se

⁵² CSJN, 23/12/1976, Fallos: 296:672. En el marco de una acción de daños producto del incumplimiento de un régimen promocional al que había adherido la actora, el Tribunal discutió, entre otros puntos, el plazo de prescripción que correspondía aplicar al caso: si el previsto en el artículo 4023 o en el artículo 4037, del CC, entonces vigente. Optándose por la primera, se dio entidad contractual a la relación entre la administración y la empresa actora.

⁵³ CANDA, FABIÁN O., “El elemento subjetivo en la contratación administrativa: ¿necesariamente una de las partes debe ser el Estado?”, en *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, RAP, 2010, p. 92.

⁵⁴ “Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado Nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado Nacional tenga el control de las decisiones”.

alojan las personas públicas no estatales.

VI.2. Los “fines propios” de la Administración

La conceptualización de la categoría del *contrato administrativo* nos obliga a la uniformidad de criterio, a renunciar al cuestionamiento, a abdicar de nuestra capacidad crítica. Nos presenta a su conclusión como verdad dogmática, como última parada, final del recorrido. Pero su apetito es tan voraz que excede el terreno jurídico para incursionar en el político. Así, nos habla de “fines propios de la Administración”. Mansamente, debemos aceptar que los objetivos ya están trazados y que poco nos queda para torcer el rumbo.

En búsqueda de un criterio que nos permita la identificación de estos *fines*, se ha pretendido inducirlos de la Constitución y de su carta de derechos, entre los cuales:

“... figuran los de ejercer toda ‘industria’ lícita y el de ‘comerciar,’ lo que prueba que estas últimas actividades corresponden, por principio, a los administrados”. Por ello, “si bien el Estado puede realizar actividades comerciales e industriales, éstas no constituyen funciones estatales *stricto sensu*. Los fines ‘específicos’ del Estado no son comerciales o industriales: estos últimos no constituyen fines estatales específicos, ya que habitualmente implican o representan actividades propias de los particulares o administrados”⁵⁵.

Pero este enfoque resulta miope, peca de selectividad al hablar de algunos derechos y no de otros que también garantiza nuestra Constitución. Los derechos constitucionales no son sólo aquellos en los cuales el Estado debe una abstención, un dejar comerciar, un dejar ejercer toda industria lícita. El catálogo también se integra con prestaciones positivas que garanticen educación, salud, cultura, abrigo, alimentación, vivienda, trabajo. Y para la satisfacción de estos derechos podrán

.....

⁵⁵ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, *Teoría general*, 5ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimp. 2000, p. 408 y T. III-A, *Contratos Administrativos...*, op. cit., p. 62.

necesitarse actividades comerciales e industriales a cargo del Estado que llenen ese deber prestacional.

Si los derechos constitucionales son, sin sesgos, el parámetro para definir los *finés propios de la Administración*, seguramente quedarán integrados con actividades industriales y comerciales prestadas por el Estado.

Pero, además, hay un error lógico. Si pienso en *finés propios de la Administración*, es porque, previamente, parto de una idea determinada de Administración, es decir, de un preconcepto de Estado. Para llegar a establecer *finés propios*, debo primero pensar en un tipo determinado de Administración, definir qué es y qué debe hacer un Estado. Pero nada más falaz que presentar como algo *natural*, como deducción pura, aséptica, aquello que nunca llega a constituirse en forma definitiva. En la construcción del Estado y sus fines, participa una comunidad determinada en un proceso eterno de discusión pública, pensando y repensando, y logrando acuerdos coyunturales. Es el reconocimiento de la pluralidad lo que desemboca en la impugnación de posiciones como la criticada.

El contenido y extensión de los fines estatales (que responden a un contenido y extensión de Estado) no pueden darse apriorísticamente ni mucho menos pretender, sobre ellos, consensos unánimes. Eso es tanto como renegar del principio pluralista: “hoy se suele interpretar a la comunidad en la que vivimos como marcada por lo que J. RAWLS llamaría ‘el hecho del pluralismo’ —una multiplicidad de grupos diferentes con concepciones de vida diferentes—. Hacemos referencia, entonces, a sociedades complejas, compuestas por una diversidad de grupos fundamentalmente heterogéneos”⁵⁶. Y cada uno de estos grupos participará de una idea determinada de Estado, de Administración y de sus fines que, al mismo tiempo, confrontará con las otras de otros grupos, debiendo recurrirse al procedimiento mayoritarista (único

⁵⁶ GARGARELLA, ROBERTO, *Crítica de la constitución. Sus zonas oscuras*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004, ps. 18-19.

tributario del principio que postula una igual dignidad de las personas) para identificar a una de ellas con la dirección que, temporalmente, momentáneamente, asumirá la asociación política Estado.

De ahí el carácter coyuntural del acuerdo y su permanente reformulación: “En nuestras sociedades lo único cercano al bien común es el producto contingente y mutable de consensos y soluciones cambiantes, que nunca dejan igual de satisfechos a todos. Por eso decimos que en la democracia los temas no se resuelven sino que simplemente se le pone fin momentáneo a su discusión”⁵⁷.

Pero esta batalla se da en el terreno político, no jurídico. En la lucha por la dirección de esa asociación política que llamamos Estado⁵⁸. No es solo un error lógico, es una posición profundamente arbitraria y negatoria de la democracia, la que intenta convencernos de la existencia de *finis propios de la Administración*, sin previamente permitirnos discutir acerca de la configuración que vamos a fomentar de esa misma Administración.

VI.3. El régimen y las cláusulas exorbitantes

Desde la primera obra diferenciada y unitaria referida a los contratos de la Administración, surgida de nuestra academia administrativista, el *contrato administrativo* quedó caracterizado por la ubicación del particular contratista en una posición jurídica degradada respecto de la Administración:

“Para nosotros, el elemento característico fundamental del contrato administrativo, es

⁵⁷ ABAL MEDINA, JUAN MANUEL, *Los partidos políticos: ¿un mal necesario?*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004, ps. 15-16.

⁵⁸ “De acuerdo a MAX WEBER, la política es la dirección o la influencia sobre la dirección de una asociación política, la cual se caracteriza por el control de la violencia física como medio específico de dominación [...] La dirección de una asociación política implica disponer del poder necesario para tomar decisiones que sean obligatorias y vinculantes para los miembros de un grupo. Aun cuando haya poderes corporativos y sectoriales, sólo el poder político toma las decisiones ‘soberanas’ en una sociedad: aquellas aplicables con el respaldo del poder coercitivo a la generalidad de los ciudadanos”, ABAL MEDINA, JUAN MANUEL, *Manual de ciencia política*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 23.

el establecimiento de una relación jurídica de subordinación con la Administración Pública, mediante un acto de propia voluntad de quien se obliga con ella. Este estado de subordinación, de desigualdad jurídica, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato administrativo. El cocontratante, un fin económico privado; la Administración Pública, que el interés público, que las necesidades colectivas, sean satisfechas o no se creen obstáculos para su satisfacción”⁵⁹.

Se trataba de un particular régimen jurídico, caracterizado por prerrogativas de poder público, “una suerte de derecho especial o de excepción, modelado en torno del núcleo de técnicas que se separaron del tronco común del derecho”⁶⁰. Un derecho desbordado del Derecho Privado: el régimen exorbitante.

Desde esta fuente, y ante la actuación del Estado en el campo contractual, se desarrollan las cláusulas exorbitantes, entendidas como “aquellas que resultan inusuales en el Derecho Privado” o que:

“... de incorporarse a un contrato de Derecho Privado, serían ilícitas, no faltando concepciones más amplias que abarcan tanto a las que resultan lícitas como a las inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial, o bien que consideran cláusula exorbitante a aquella que tiene por objeto otorgar a las partes derechos o imponerles obligaciones extrañas por su naturaleza a las que resultan libremente consentidas por cualquiera dentro del ámbito de las leyes civiles o comerciales”⁶¹.

El concepto más amplio, es decir, cláusulas inusuales, ilícitas o extrañas al Derecho Privado, es el adoptado por la Procuración del Tesoro de la Nación, refundiendo los criterios mencionados⁶².

⁵⁹ BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a ed. corr. y act., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. IX.

⁶⁰ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, T. I, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 122.

⁶¹ CASSAGNE, *El contrato...*, op. cit., ps. 19-20.

⁶² PTN, 11/09/2000, Dictámenes: 234:456; 13/03/2000, Dictámenes: 232:274; 07/02/2000, Dictámenes: 232:146; 04/02/1963, Dictámenes: 84:133.

Tenemos entonces un régimen especial y cláusulas también especiales actuando aquel régimen en el campo contractual. Uno y otras resultan especiales por traducir manifestaciones de poder estatal y, como tal, de su ejercicio unilateral y coactivo. Lo que falta, lo que resulta insuficiente, es su cabal conocimiento y, sin conocimiento, no hay previsión; hay, por el contrario, sorpresa. Porque el régimen no es una construcción legislativa. En él, las leyes —y, junto a ellas, su proceso formativo y su publicidad— resultan un elemento secundario:

“Uno de los mitos que postula un sector de la ciencia moderna apunta a dismantelar todo cuanto implique la derivación de una construcción dogmática [...] En el campo del Derecho Administrativo este enfoque prescinde de los principios que rigen las instituciones y fines del derecho público limitándose a la búsqueda de una utilidad o conveniencia que sólo podría encontrar sustento en la exégesis legislativa [...] A la sombra de dicha doctrina resulta que todo el sistema jurídico descansa en el predominio total y absoluto de la norma legislativa [...] El resultado sería un derecho contractual de casos, sin límites o principios fuera de los que al legislador se le ocurriera establecer”⁶³.

Por el contrario, el régimen es una creación dogmática integrada por principios surgidos de la especulación doctrinaria, o inferidos de soluciones dadas a casos concretos por la jurisprudencia y, así, expandidos y elevados al monte de la *teoría general*.

Y las cláusulas, como se dijo, pueden ser implícitas, es decir, pueden operar como contraprinipio del *pacta sunt servanda*. Así, la Procuración del Tesoro entendió que las prohibiciones de ceder, transferir o subcontratar, por su carácter *intuito personae*, “se imponen como 'principio' en la materia correspondiente a los contratos administrativos. Existen por sí mismas, sin que para ello sea necesario incluirlas en el

⁶³ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “En torno a la categoría del contrato administrativo. (Una polémica actual)”, en *Contratos administrativos. Jornadas...*, op. cit., ps. 20-21. No repara esta posición en que, lo que se le “ocurre” al “legislador” es lo que surge de la deliberación y las mayorías, en el único espacio institucional en el que este procedimiento es posible.

contrato”⁶⁴. Y en cuanto a la rescisión unilateral del contrato por el Estado dijo: “La facultad de ‘revocación’ contenida en el Pliego debe entenderse como potestad ‘rescisoria’ del Estado, a la que en doctrina se ha caracterizado como ‘prerrogativa’ irrenunciable y cláusula exorbitante, que debe considerarse implícita, si no ha sido expresamente establecida”⁶⁵.

Más amplio aún es el reconocimiento del poder implícito del Estado en la jurisprudencia de la Corte. Así, en cuanto a la potestad rescisoria dijo: “Que en lo atinente a la cuestión relacionada con la rescisión de los contratos, resulta relevante señalar, en primer término, que el poder de rescisión —aun cuando no esté expresamente contemplado en el contrato— constituye una prerrogativa que la Administración Pública tiene igualmente por estar ínsita en todo contrato administrativo”⁶⁶.

Tampoco podemos aceptar que lo que sale por la puerta regrese por la ventana. Ello sucede si, al mismo tiempo, afirmamos que “no existen las llamadas ‘cláusulas exorbitantes implícitas’ en los contratos administrativos,” pero sí “las prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública, derivadas del ordenamiento general que constituye el régimen administrativo [...] aun si no hubiera pacto expreso o condición general predispuesta”⁶⁷.

Otra vez la lucha de palabras, enredarse en los conceptos para terminar volviendo al mismo lugar. La circularidad del pretendido argumento no puede, sino, ser rechazada de plano. Lo que se niega, se afirma mediante un giro lingüístico. La oposición es sólo aparente, ya que tanto las cláusulas exorbitantes implícitas como las

⁶⁴ PTN, 16/01/2003, Dictámenes: 244:151.

⁶⁵ PTN, 21/05/1996, Dictámenes: 217:115.

⁶⁶ CSJN, 21/12/1999, “Tecsa SA c. Segba SA”, Fallos: 322:3139, doctrina confirmada en 31/03/2009, “Instituto de Vivienda del Ejército c. Indeco SA y Crivelli SRL y otro”, Fallos: 332:674. Se trataba, en ambos casos, de rescisiones de contratos de obra pública, dispuestas por la parte estatal.

⁶⁷ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, T. II, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 24.

prerrogativas no previstas en la ley ni en el contrato que anidan en el régimen exorbitante, sorprenden por igual al surgir, ambas, sin previsión expresa.

También la Corte apeló al régimen por sobre las cláusulas para calificar a un contrato de *administrativo* y, así, justificar la rescisión por parte del Estado del contrato celebrado con la actora por excesiva onerosidad.

En el caso, la alzada entendió que estaba frente a un contrato de transporte regido por el Derecho Privado ante la ausencia de cláusulas exorbitantes. El Tribunal revocó esta decisión apelando a “la explícita invocación de los ‘finés públicos’ tenidos en cuenta por el convenio de referencia”, lo que hacía “que, en tal contexto, lo sostenido en la decisión apelada respecto de la inaplicabilidad al caso de los preceptos del Derecho Público que facultan a la administración a enmendar sus propios actos carece de todo fundamento”⁶⁸.

Esta inseguridad no puede considerarse superada por la mención de atributos estatales en los artículos 12 y 13 del Decreto Delegado 1023/01 para todos los contratos que califiquen de administrativos ya que, nunca sabremos ciertamente cuándo la jurisprudencia considerará a un determinado acuerdo negocial como tal y, mucho menos, la extensión del ejercicio de esos materiales jurídicos puestos a disposición de incontables funcionarios: “Piensen ustedes que esta teoría permite a cada presidente, a cada ministro, a cada gobernador y a cada intendente de cada ciudad de todo el país, modificar o extinguir los contratos celebrados, lo que muchas veces ocurre cuando hay un cambio de autoridades. Ello crea una situación favorable a la corrupción, digámoslo claramente”⁶⁹. Pero no solo a ellos que, al menos, son elegidos —exceptuando a los ministros—, sino a una variedad infinita de funcionarios medios y hasta bajos con competencia en materia de compras que resultan igualmente

.....

⁶⁸ CSJN, 10/08/1995, “Organización Coordinadora Argentina SA c. Secretaría de Inteligencia de Estado de la Presidencia de la Nación”, Fallos: 318:1518.

⁶⁹ MAIRAL, “La teoría del...”, en *Contratos administrativos. Jornadas...*, op. cit., p. 213.

alcanzados e investidos de las prerrogativas que dimanar de la TGCA.

VII. CONSAGRACIÓN NORMATIVA: LA ÍNDOLE ADMINISTRATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El RCAN se pronuncia por la presunción *ius administrativa* de los contratos celebrados por la Administración, al establecer que: “ Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa ” (artículo 1). Ello así, por cuanto fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública.

Ahora bien, a poco que avancemos en el universo de las contrataciones públicas, caeremos en la conclusión de que *no es un régimen tan general*. Esto debido a que, además de los contratos excluidos expresamente (artículo 5) y de las regulaciones específicas de muchos contratos típicos (obra pública, concesión de obra pública, consultoría, los servicios públicos con regulación propia, suministro), “ los órganos alcanzados por las previsiones del régimen general de contrataciones son sólo algunos de los que integran la Administración Pública nacional y entes descentralizados, y sólo a ellos pueden alcanzar las regulaciones dictadas por la ONC ”⁷⁰.

Sin embargo, el RCAN deja abierta la posibilidad de fuga, ya que la presunción *ius administrativa* de la contratación pública queda relegada cuando “ de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de Derecho Privado ” (artículo 1).

Pero si esto es así, ¿ debemos aceptar que la voluntad de las partes tiene la relevancia para definir el régimen jurídico del vínculo? La doctrina ha entendido que no, y que “ todo dependerá de la finalidad administrativa del contrato y del régimen que sea consecuencia de esa finalidad [...] pues existe con independencia de la

.....
⁷⁰ REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, ps. 3-5.

voluntad de someterse a él, sin perjuicio de que la Administración pueda celebrar, cuando el ordenamiento lo admita, un contrato parcialmente reglado por el Derecho privado...”⁷¹.

Pero los contratos en los que tradicionalmente se identificó un fin *privado* y, por tanto, regidos por el Derecho Civil o Comercial⁷², fueron incluidos en el régimen administrativo por el artículo 4⁷³, lo que lleva a que, en los hechos, la excepción resulte, en gran medida, intrascendente:

“... puesto que si bien es cierto que teóricamente la naturaleza privada de la relación jurídica podría destruir la presunción administrativa del vínculo en atención al sujeto, no lo es menos que difícilmente la voluntad de la autoridad no fuese exteriorizada por medio de alguna de las figuras contractuales incluidas, expresa o residualmente, por el artículo 4, dado que las no integradas son sencillamente las excluidas expresamente y como *numerus clausus* por el artículo 5”⁷⁴.

Cierto es que puede aceptarse la interpretación que hace del artículo 4 el soporte normativo de una “zona común de la contratación administrativa” integrada, principalmente, por las reglas de selección del contratista y los principios generales recogidos en el artículo 3 del Decreto Delegado 1023/01, pero no por las prerrogativas típicas del régimen exorbitante⁷⁵. Aunque una interpretación en esa línea resultaría algo superflua, por cuanto la aplicación de estos preceptos a todas las contrataciones

⁷¹ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La supervivencia de la figura del contrato administrativo y su categorización jurídica”, en CASSAGNE Y RIVERO YSERN (dir.), op. cit., ps. 64 y 70-71.

⁷² Compraventa, locaciones, alquileres con opción a compra, permutas. El otro escenario tradicional de contrataciones “privadas” de la Administración era el constituido por los acuerdos celebrados por las empresas del Estado, como medio de ejecución de sus actividades industriales y comerciales. Pero, como fue dicho, este sujeto no resulta alcanzado por el RCAN.

⁷³ “La jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal ha recogido la distinción apuntada al atribuir, en forma reiterada, carácter civil a determinados contratos celebrados por la Administración Pública, como el de compraventa y arrendamiento de tierras fiscales”, CASSAGNE, “La supervivencia de la figura...”, en CASSAGNE Y RIVERO YSERN (dir.), op. cit., p. 78.

⁷⁴ ELGASSI, ALBERTO Á., *El régimen de contrataciones de la administración pública nacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006, p. 85.

⁷⁵ Conf. CASSAGNE, *El contrato...*, op. cit., ps. 45-46.

de la Administración resulta un imperativo constitucional e internacional que jamás fue cuestionado por la doctrina contraria a la TGCA. Lo que se impugna de ella es el segmento que refiere al régimen sustantivo de ejecución del contrato.

VIII. COMPRAS PÚBLICAS: ¿QUÉ NECESIDADES DEBEN SATISFACER?

El objeto del régimen no es otro que el de comprar bien. Es decir, contratar bienes y servicios al mejor precio y que sirvan a los requerimientos sociales, que satisfagan auténticas necesidades públicas. Y en este orden, la Administración debe establecer un rango de prioridades, una agenda de temas cuya solución afrontará con los objetos y prestaciones contratadas. En esta tarea, es central la acertada individualización de la necesidad, pero no solo eso, sino que luego de cercarla, deberá ser calificada en cuanto a la urgencia de su satisfacción.

La finalidad general de las contrataciones del Estado, debe relacionarse con los requerimientos sociales. Es decir, el Estado invierte recursos de la sociedad para alcanzar las metas que ésta le impone, las cuales se relacionan con la satisfacción de sus necesidades.

Desde un eje conceptual que no diferencia *Estado y sociedad*, podemos decir que el primero no es —o no debe ser— más que la segunda actuando colectivamente. El Estado enfrentado a los individuos, o su configuración como amenaza de sus libertades, es una construcción política del liberalismo clásico. En efecto, para proteger al individuo

“... los liberales se preocuparon por orientar al sistema institucional hacia el logro de tal objetivo. Con tal propósito, lo primero que hicieron fue preguntarse cuál era la fuente principal de riesgos para el individuo. Su respuesta frente a dicho cuestionamiento fue siempre idéntica: ninguna amenaza era tan seria como la que provenía del (naciente) Estado [...] Por el alcance de su poder, por su permanente presencia, por su contundencia, el Estado resultó siempre, desde entonces, el

indisputable objeto de la preocupación liberal”⁷⁶.

A esta idea de *sociedad civil* (no política), dedicada a la persecución de sus fines particulares para enriquecerse y enemistada con el Estado por considerarlo el mayor peligro en el logro de sus objetivos, puede oponerse una visión diferente que entiende al Estado como el cauce para potenciar las capacidades de los individuos mediante un acercamiento no ya temeroso, sino afectivo:

“Como lo sintetiza magistralmente SALAZAR CARRIÓN ‘la constitución de un poder político realmente fuerte, realmente absoluto y estable exige lo contrario de la renuncia/enajenación del derecho natural de los individuos, exige su potenciamiento a través de la formación de un poder/potencia colectiva capaz de fortalecer el derecho/potencia de cada uno de ellos’. En otras palabras: los hombres no necesariamente son enemigos entre sí; no necesariamente se interfieren unos a otros; también pueden cooperar mutuamente, potenciarse unos a otros para beneficio común; y la clave de la racionalidad práctica spinoziana no consiste en otra cosa que en comprender esto”⁷⁷.

Es decir, así como en el orden que corresponde a nuestra autonomía individual decidimos relacionarnos a fin de incorporar las condiciones necesarias a la satisfacción de nuestro plan de vida, en el orden colectivo la sociedad también actúa a fin de procurar su desarrollo y, en esta actuación, contrata bienes y servicios que incorporen las condiciones que lo hagan posible.

Entonces la primera pauta teleológica de las contrataciones públicas indica que el soberano en la elección de lo que deba contratarse es la sociedad, ella actuando colectivamente en la forma de Estado. Podemos decir, entonces, que el órgano encargado de las contrataciones deberá cumplir con una primera obligación, cual es la de meritarse la auténtica necesidad social de aquello que se pretenda contratar, deberá

⁷⁶ GARGARELLA, ROBERTO, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776/1860)*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2008, ps. 173-174.

⁷⁷ D’AURIA, ANIBAL A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 76.

superar un *test de requerimiento y necesidad social*.

Los recursos públicos deben tener en primera línea de asignación normativa la concreción de los derechos constitucionales y, principalmente, de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), por cuanto estos reclaman una participación activa del poder público, aspiran a la construcción de una sociedad igualitaria —valor constitutivo de la democracia— y son la herramienta indispensable para superar el gran drama nacional: la pobreza.

La asignación de recursos suficientes para la satisfacción de los derechos sociales, no depende de la discreción o benevolencia de los funcionarios responsables. Muy por el contrario, importan un elemento reglado de base constitucional.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de rango constitucional (artículo 75, inciso 22), incorpora la obligación estatal de asignar “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (artículo 2, inciso 1).

Esta fórmula “implica una orientación obligatoria en lo atinente al gasto público”. Su constitucionalización impone el deber de contemplar en las sucesivas leyes de presupuesto, “el plexo de principios, valores y derechos que tiene como eje a la dignidad de la persona y al bienestar común público. De esta manera, existen rubros que tienen un rango jerárquico superior y no pueden sufrir reducciones arbitrarias, o verse superados por otros rubros que impliquen gastos superfluos o ‘sospechosos’ en cuanto a su destino”⁷⁸.

Debiera robustecerse nuestra democracia con los instrumentos de control y

.....
⁷⁸ GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, ps. 102-103.

participación ciudadanos, como los presupuestos participativos y las audiencias públicas. Debiera pronunciarse el pueblo, exigiendo que lo escuchen. Debiéramos intervenir decididamente en el destino de los dineros públicos para que se inviertan en lo que consideramos necesario. No debiéramos conformarnos con las migajas de una democracia procedimental, que sólo nos otorga un derecho bianual de elecciones.

Si existen contrataciones proyectadas, la ciudadanía debe encontrar espacios para opinar sobre las mismas porque a ella afectan. Y debe encontrar en esos espacios que su palabra pesa, influye, que tiene la potencia necesaria como para torcer una decisión que ella reprueba.

IX. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. LOS TBI Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

El cuadro de situación que comprende a las contrataciones públicas, por su incidencia en la economía y en la producción nacional, y por su relación con el cumplimiento de los derechos constitucionales, no estaría completo si no incluimos la suscripción indiscriminada, casi pulsional, de los llamados Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (TBI).

Nuestro país aprobó por ley formal —durante la última década del siglo pasado— 56 instrumentos de este tipo⁷⁹, a los que se suma el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados —aprobado por Ley 24.353— por el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Esta ingeniería “consistió genéricamente —conforme a lo que se dice en sus Preámbulos— en ‘promover una mayor cooperación económica entre los países contratantes’ para lograr ‘el desarrollo económico de los países’ y ‘el incremento de la

⁷⁹ Conf. ROSATTI, HORACIO, “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino”, Buenos Aires, La Ley, octubre 2003.

prosperidad de los pueblos' y, específicamente, en 'estimular la iniciativa económica privada' y 'el flujo de capitales privados,' como así también 'mantener un marco estable para las inversiones y un trato justo y equitativo a las inversiones'"⁸⁰. Pero en sustancia, lo que buscó fue "institucionalizar nuevos derechos por y para los capitales, que se vuelcan hacia un principio rector: la libre circulación del dinero"⁸¹.

A partir de los instrumentos citados, quedaron consagradas ciertas cláusulas que pretendieron *congelar* al Derecho Público nacional y detraer la aplicación de sus normas vigentes. Así, la conjunción TBI-CIADI importó la cristalización jurídica de la *búsqueda de certezas* por parte del capital, eliminando las resistencias que pudieran generar la legislación y jurisdicción nacionales, pretendiendo un escenario "de seguridad-certidumbre ante eventuales pérdidas. Es decir, la seguridad de que sus ganancias serán realizadas, y la certidumbre de que no tendrán pérdidas. Quien deberá asumir estas últimas es, pues, el Estado; o mejor dicho, mediante el Estado, son los pueblos quienes asumen la responsabilidad y el riesgo empresarial"⁸².

El tándem TBI-CIADI, como *guardián internacional* de las inversiones, es uno de los componentes principales de lo que se intenta posicionar como *Derecho Administrativo global*, y que es el disciplinamiento a escala planetaria de las economías nacionales de estructura dependiente.

En efecto, el proceso formativo de este *Derecho global* y las cláusulas sustantivas que lo integran, son la expresión de las necesidades de mercado de las economías que dominan en la escena mundial, en la cual no son precisamente las reglas de la igualdad y la democracia las que prevalecen, sino las del poder relativo de sus actores.

Por ello, aceptar un *Derecho Administrativo global* es someterse a un derecho

⁸⁰ ROSATTI, "Los tratados bilaterales de inversión...", op. cit.

⁸¹ GHIOTTO, LUCIANA y PASCUAL, RODRIGO, "El CIADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas", Buenos Aires, Realidad Económica, N° 238, 2008.

⁸² GHIOTTO y PASCUAL, "El CIADI y las inversiones...", op. cit.

impuesto y a postrar las instituciones nacionales, atento la nula incidencia que nuestro país puede tener en su configuración. Es una falsa *integración al mundo* en un rol degradado que redobla la dependencia y frustra el programa alternativo de reconversión productiva del país.

El constructo jurídico de este Derecho puede resumirse en los siguientes principios rectores⁸³:

1) *Trato nacional, justo, equitativo y no discriminatorio*: implica que al inversor extranjero se le concede igual trato que a un inversor nacional.

2) *Trato de nación más favorecida*: permite al inversor aprovechar las condiciones fijadas por otros tratados que pudieran ser más favorables para su inversión.

3) *Protección y seguridad plenas*: frente a reglamentaciones estatales consideradas “expropiaciones indirectas”, como “podrían ser ciertas normas de protección del medio ambiente (caso de la demanda de la empresa minera ‘Pacific Rim vs. El Salvador’) o reglamentación de protección de la salud que afecten una inversión determinada (‘Phillip Morris vs. Uruguay’), o cambios en la política económica de un país (como en las demandas contra Argentina tras la devaluación en 2002)”⁸⁴. Además, por este conjunto de cláusulas queda asegurada la total libertad de transferencia (fuga) de los montos relativos a la inversión hacia el país desde donde se emitió.

4) *Cláusula de estabilización*: por la cual las partes se comprometen a no modificar las condiciones contractuales y jurídicas para la inversión.

Es decir, la estabilización legal —junto a la prórroga de jurisdicción— barren con

⁸³ Conf. GHIOTTO, LUCIANA, “La protección a las inversiones como corazón del libre comercio: acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión y el CIADI”, Repositorio Universidad de Belgrano, Revistas Digitales, Debates Latinoamericanos, Red Latinoamericana de Cooperación Universitaria.

⁸⁴ GHIOTTO, “La protección a las inversiones como corazón del libre comercio...”, op. cit.

la forma representativa de gobierno, llevándose puesto en esa embestida al principio medular de la soberanía popular (artículos 1 y 31, CN), ya que el ejercicio legislativo — como condición del autogobierno colectivo— y la tarea judicial —como defensa de los derechos y de las reglas del proceso democrático— quedarían atrapadas “en la medida en que se inhibe o acota la actividad de los poderes nacionales constituidos (el Poder Legislativo en la hipótesis de prohibición de modificar las condiciones legales iniciales de la inversión por imperio de la llamada ‘cláusula de estabilización legal’ y el Poder Judicial en la hipótesis de imposibilidad de actuar en materia de control de constitucionalidad)”⁸⁵.

5) *Requisitos de desempeño*: incapacidad de las partes de imponer requisito o exigencia alguna para el desempeño de la inversión en el territorio.

Sobre el punto, resulta paradigmático el TBI suscrito con Estados Unidos, cuyo artículo II, inciso 5 establece: “Ninguna de las Partes establecerá requisitos de desempeño como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, que requieran o exijan compromisos de exportar mercancías, o especifiquen que ciertas mercaderías o servicios se adquieran localmente, o impongan cualesquiera otros requisitos similares”.

6) *Duración con efecto residual*: estas cláusulas consagran la ultraactividad de la protección sobre las inversiones, aun después de finalizada la vigencia del Tratado. Asimismo, los TBI se renuevan automáticamente salvo que sean denunciados expresamente por alguna de las partes⁸⁶.

7) *Solución de controversias*: son las cláusulas de prórroga de jurisdicción que

⁸⁵ ROSATTI, “Los tratados bilaterales de inversión...”, op. cit.

⁸⁶ “Un caso paradigmático sobre la aplicación de estas cláusulas es el de Bolivia. Este país denunció el Convenio del CIADI en mayo de 2007, lo cual implicó que dejaba de reconocer la jurisdicción del CIADI en el caso de demandas de las ETN [empresas transnacionales]. Sin embargo, posterior a esa fecha, se presentaron frente al CIADI seis demandas interpuestas por ETN nacionalizadas por el gobierno de Evo Morales. Estas demandas son legales en los términos planteados por los TBI”, GHIOTTO, “La protección a las inversiones como corazón del libre comercio...”, op. cit.

remiten a una instancia supranacional para la defensa de los intereses de los inversores externos, cediendo los estados su soberanía en justicia frente a las demandas de estos inversores.

Estas *garantías* al capital foráneo no resultan extrañas en la historia nacional ni, claro está, en la de otros países de Latinoamérica. Lo que varía con las épocas es el disfraz del que pretende valerse el capital.

SCALABRINI ORTIZ, con magnífica claridad, explicó que “el sistema de apropiación de riqueza de una nación por otra, cambia con el correr de los años. En los siglos anteriores los conquistadores se apoderaban a mano armada de los bienes. En el siglo pasado y actualmente, los conquistadores se llaman ‘financistas’. Ellos logran contratos al margen de lo correcto, que luego sostienen con las fuerzas armadas de los mismos países sometidos por el engaño de esa falsa legalidad...”⁸⁷.

Hoy, pareciera tocarle al Derecho Administrativo global, el rol de gendarme de la inversión extranjera y, sobre todo, de su renta.

X. HAY VIDA DESPUÉS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Cuando se piensa el tema de las contrataciones públicas se las aborda principalmente desde el gasto que ellas implican, el costo que representa para el Estado, lo que es igual a decir, para los ciudadanos. La pregunta que se hace es, entonces, ¿cómo comprar más barato? ¿Cómo gastar menos?

En un segundo momento, aparece el objeto y destino de la contratación, qué y para qué (o para quién) se compró. Y aquí, el interés público comprometido en la contratación.

En un último momento, pero mucho más solapadamente, aparecen los efectos

⁸⁷ SCALABRINI ORTIZ, RAÚL, *Historia de los ferrocarriles argentinos*, 4ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1964, p. 111.

de esa contratación, los fines perseguidos por la compra, la vinculación con el modelo que se pretende de Estado, la relación con la economía nacional, el empleo y los derechos de los habitantes.

Si detenemos el análisis en el primero de los momentos, si ponemos acá el centro, tendremos preferencia por un procedimiento de selección determinado por encima de otro. La expresión positivizada de esta ideología es la que surge del artículo 25, inciso a), apartado 1 del Decreto Delegado 1023/01, al ordenar el procedimiento de licitación pública, “cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos”.

No debe sorprender la relación de esta premisa con un modelo ideológico determinado de Estado: uno que no gaste. Pero cuando el Estado no gasta, pierden los que no tienen para gastar.

El segundo de los momentos indicados, el de la destinación, implica ubicar el interés público de la contratación, robusteciendo su legitimidad si se lo encuentra en la finalidad de satisfacer necesidades mayoritarias.

Si nuestro análisis continúa, podremos llegar al último de los momentos planteados y relacionar la compra con otros factores. El foco se corre y se piensa en la contratación no sólo como gasto sino, además, como oportunidad.

De una evaluación semejante, quizás no surja la licitación pública como el procedimiento más atractivo. Quizás puedan pensarse y articularse otros que se presenten como más adecuados para la consecución de finalidades paralelas que dignifiquen al individuo y a la sociedad.

En este paisaje mayor, el ahorro económico que nos propone la licitación pública será uno más de los elementos a evaluar, no el único. Pues si comprar barato no ayuda a satisfacer necesidades públicas, si estas no son las de las mayorías, si paralelamente afecta el nivel de empleo y producción, o lleva a la ruina actividades industriales que el Estado decidió asumir o a productores nacionales que sin apuntalamiento no podrán competir, o contrae el mercado interno y carteliza la oferta, el balance da negativo.

Que la compra económica sea un valor no merece discusión, sí que esa parte se transforme en el todo, sí que el ahorro sea la única terminal a la que se deba aspirar, que no tenga relación con otras variables que necesariamente deben ser consideradas.

Cierto es que existen fuertes lazos entre el procedimiento de licitación pública y algunos postulados supraleales de fuente externa, como ocurre con los principios establecidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), expresamente los previstos en su artículo III, inciso 5: “A los fines expuestos en el artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer [...] Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”⁸⁸.

Aún pueden encontrarse articulaciones entre la licitación pública y la Constitución, como las presentadas en relación a los artículos 16 y 42, principalmente. En relación al primero porque permite —al menos en el orden formal— un acceso igualitario a la distribución de fondos públicos implicados en las contrataciones del Estado y en relación al segundo por consagrar como principios en la relación de consumo, los de defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y de calidad y eficiencia de los servicios públicos⁸⁹.

Con todo, si bien puede afirmarse que “de los sistemas existentes, los principios

⁸⁸ Conf. REJTMAN FARAH, *Régimen de Contrataciones...*, op. cit., ps. 48-51 y 111-114. Para GORDILLO “no hay dudas que todas las normas de nuestro país exigen como regla la licitación pública, que cabe entonces interpretarla como requisito general, claro que sujeta a las numerosas excepciones que en cada caso autoriza la legislación. Donde no existe la excepción, retoma su aplicación la regla”. Y respeto a la CICC, como norma consagratória de tres principios supraconstitucionales “a satisfacer en el procedimiento de contratación: uno se refiere al procedimiento formal, que debe ser público o transparente y dos se refieren al resultado material obtenido, que debe ser equitativo o justo y eficiente”, GORDILLO, *Tratado...*, T. 2, ps. XII-3/5.

⁸⁹ Conf. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La licitación pública. Nociones, principios, cuestiones*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, ps. 134-136.

citados encuentran mejor concreción en la licitación pública”⁹⁰, paralelamente vale la conclusión de que estos no son los únicos que integran el orden constitucional, ni que solo puedan ser garantizados mediante el procedimiento de licitación pública.

La publicidad, equidad y eficiencia son requisitos reglados que deben cumplir todos los actos estatales y, dentro de ellos y principalmente, los procedimientos de selección de contratistas y adjudicación de contratos públicos. Requisitos que hacen a la democracia, por cuanto sin ellos “se conoce sólo parcialmente si el Estado obra en representación de los ciudadanos y en función de los intereses y necesidades públicas”⁹¹.

La publicidad para garantizar la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, la equidad para afianzar la justicia, y la eficiencia como deber de cuidado del tesoro nacional, son imperativos de actuación de todo agente estatal como gestor del interés público, quienes deben estar sometidos a la perpetua vigilancia ciudadana y, para aquellos que atenten contra el sistema democrático incurriendo en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, a la pena de los infames traidores a la patria (artículos 29 y 36, CN).

Si tal afirmación jamás debe perder su contundencia, deberán también hacerse visibles otros principios del *corpus* constitucional que obligan a promover el bienestar general, a proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, a promover la industria, a proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la defensa del valor de la moneda, a promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, al pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales y, sobre todo, de los

⁹⁰ MOHADEB, SERGIO NICOLÁS, comentario al artículo 24, en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), *Contrataciones de la administración nacional. Decreto 1023/2001 comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 223.

⁹¹ REJTMAN FARAH, *Régimen de Contrataciones...*, op. cit., p. 120.

derechos económicos, sociales y culturales.

Es decir, si bien la licitación pública ha logrado identificarse con el procedimiento que mejor asegura la aplicación del principio de eficiencia —atento a suponer la concurrencia a fin de escoger la oferta más conveniente— también es merecedora de, al menos, dos críticas.

Una empírica, por cuanto a poco que andemos en la actuación práctica del procedimiento, encontraremos mecanismos corruptos que generan la formación de *clubes* en los cuales los interesados acuerdan “cómo van a ofertar y a qué precios”⁹². Y otra valorativa, ya que podemos concluir que la licitación pública no será el procedimiento más adecuado para asegurar otros principios que necesiten un mayor direccionamiento del poder de compra estatal.

La búsqueda de una alternativa eficiente puede darse también en procedimientos de concurrencia acotada que sean más aptos para cumplir otros fines, como sucede en el caso de las contrataciones interadministrativas.

Por otro lado, el principio de eficiencia no debe analizarse sólo desde el ahorro inmediato que pueda generar la elección de una oferta más económica —nota seductora de la licitación pública— sino que su abordaje debe plantearse algo más estratégicamente y evaluarse en torno a fines de progreso económico, justicia social, productividad de la economía nacional, generación de empleo, promoción de la industria y el mercado interno.

No siempre ese ahorro inmediato juega a favor y no siempre esa debe ser la búsqueda del Estado, como no siempre la fue:

“Para asegurar la continuidad y solidez de la industria nacional, se restablecerá un adecuado nivel de defensa, tanto en materia de tipos de cambio como de protección arancelaria, armonizando esta última con el tratamiento de los insumos [...] Como parte

.....
61
.....

.....

⁹² GORDILLO, *Tratado...*, T. 2, op. cit., p. XII-10.

de ese objetivo daremos realidad concreta a la planificación de las compras del sector público y de las empresas con participación estatal [...] preservando y fomentando asimismo la participación efectiva de las empresas medianas y pequeñas”⁹³.

Tributario de esta idea fue el *Plan Nacional de Desarrollo 1986-1989* de la entonces Secretaría de Planificación, cuyo capítulo VII entendía que:

“El poder de compra del Estado será una palanca importantísima para el crecimiento industrial, que se utilizará a favor del crecimiento sostenido de la producción nacional promoviendo la articulación de los medios necesarios para que el Estado demande bienes normalizados, revirtiendo así la dispersión de diseños y tecnologías y su consecuente carga de deseconomías. Simultáneamente se propenderá al ordenamiento temporal y espacial de las inversiones públicas para evitar concentraciones que exijan a los oferentes dimensionamientos inadecuados. Los programas de compras por parte del Estado se concertarán ajustando entre los oferentes y el Estado funciones y condiciones de producción que tiendan a optimizar esfuerzos, evitando mecanismos de compras que desemboquen en formales pujas de precios. Se incentivará y fomentará la formación de consorcios que atiendan la demanda del sector público, en un contexto de selección de proyectos que privilegien la mayor participación de la industria local en los mismos, sin que el factor precio sea el determinante dominante de la elección, sino, más bien, el grado de ocupación de recursos internos existentes y la calidad de los bienes requeridos”⁹⁴.

Y de ahí, un puente hasta lo que queda del *Programa de Ordenamiento de las Compras y Contrataciones Públicas* y la emisión de los Decretos 1187, 1188, 1189 y 1191 —hoy derogados, en una parte, y en la restante, inaplicados— de julio de 2012, mediante los cuales el Estado efectuó sustanciales modificaciones a las políticas de compras estatales, privilegiando u obligando —según los casos— a la adquisición en el mismo sector público —mediante el procedimiento de selección interadministrativa— de los bienes o servicios que el Estado, a través de alguna de sus empresas, produzca o

⁹³ Mensaje a la Asamblea Legislativa al asumir su presidencia RAÚL RICARDO ALFONSÍN (10 de diciembre de 1983), en COMOTTO, SABRINA, “Las políticas de ‘compre’ y ‘contrate nacional’. El direccionamiento del poder de inversión del sector público nacional hacia el mercado interno (1963-2003)”, Rap, Vol. 33, N° 393, junio 2011.

⁹⁴ COMOTTO, “Las políticas...”, op. cit.

brinde.

Es decir, el Estado abasteciéndose de sus propias unidades productivas para que estas, a su vez, puedan contar con una demanda sostenida que permita su crecimiento.

Que el Estado quiera aprovisionarse de sus propias empresas resulta algo alentador y provechoso, ya que es consecuente con las políticas que las crearon. Desde esta óptica, el Estado, al comprar a sus unidades industriales y comerciales, se abastece e invierte, apostando al éxito del emprendimiento asumido.

De este modo, sin renegar de la licitación pública, pero tampoco sublimándola, pueden resultar tan o más legítimos y convenientes, otros procedimientos que resulten más conducentes al logro de fines sociales. Una reorientación del poder de compra del Estado hacia sus propias empresas, generando un circuito de oferta y demanda autoabastecida de productos y servicios encuentra, en principio, buenas razones desde una visión que considera al Estado como actor relevante en la tarea de redistribución igualitaria de recursos.

XI. LA PERSISTENTE ILUSIÓN DE ABARCARLO TODO. POR UNA ALTERNATIVA DESDE EL DERECHO PÚBLICO

La pretensión de generalidad paga el costo de la inseguridad. Pretender abarcar en un régimen general la totalidad de los contratos que cotidianamente celebra la Administración Pública, resulta un esfuerzo que no redunde en mayor previsión — valor relevante en el Derecho— atento las infinitas posibilidades de relación que pueden asumir las formas contractuales entre el Estado y sus contratistas.

Es esa infinitud de posibilidades la que, en definitiva, convierte a la teoría general en una ilusión, siempre a la zaga de realidades incesantemente cambiantes que intenta alcanzar pero que, con cada movimiento, se aleja aún más.

La generalidad impone la necesidad de la flexibilización a fin de abarcar la mayor cantidad de situaciones, hasta llegar al punto en que la elasticidad de la teoría así

construida es tal, que poco nos dice acerca del trato que el Derecho quiere otorgar a esos hechos.

Del mismo modo, esta operatoria aumenta el cono de imprecisión propio del lenguaje y atenta contra estipulaciones útiles que faciliten la construcción de regímenes jurídicos inteligibles y que puedan reputarse ciertamente conocidos, lo que hace a la mayor participación e integración de posibles contratistas porque reduce el temor ínsito en la ignorancia, operando como incentivo de prácticas ilícitas en funcionarios que encuentran nula contención en un régimen que pone a su disposición materiales jurídicos que los convierten en amos y señores del destino del contrato.

Las posibilidades contractuales resultan tan diversas que no hay espacio para hallar en el contrato administrativo una *realidad esencial* de contenido prescriptivo. La única realidad es la necesidad que tiene el Estado —como ente colectivo inclusivo, como esfera dinámica de la sociedad— de recurrir a técnicas contractuales a fin de llevar adelante las prestaciones que, en el ejercicio del autogobierno, se definieron como adecuadas a efectos de llenar necesidades públicas.

Desde un primer paso metodológico que se pregunta acerca de “cuáles son los objetos sobre los cuales discurriremos y de los cuales diremos si corresponde o no agruparlos en una definición o en varias; es decir, cuál es la realidad que en principio y globalmente entraremos a analizar”⁹⁵, caemos en la conclusión de que el vastísimo campo de la contratación pública —el cual abarca desde la contratación de artistas, la locación de inmuebles, la concesión de uso de tierras ociosas, la apertura de cuentas bancarias, hasta la gestión de bienes vitales como el agua— resulta inasible desde una concepción unitaria como la que propone la categoría del *contrato administrativo*. Si no se pone atención en este primer paso, si no reparamos en el análisis de la realidad que operó como acicate del razonamiento, corremos el riesgo de la logomaquia, es

.....

⁹⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 88.

decir, de “una obra dedicada a la lucha de palabras”⁹⁶.

Por ello, la especificación, la particularidad, es lo que debe guiarnos en la tarea de razonar al momento de abordar la realidad de la contratación estatal. Desde lo específico —atributo inmanente a ese recorte de realidad— ganamos en previsión, reducimos el cono de incertidumbre y volcamos nuestras energías en la construcción de regímenes jurídicos adecuados a la mejor, más útil, consecución del bien o servicio que deba adquirirse, a fin de satisfacer necesidades calificadas como preferentes por resultar mayoritarias.

Y todo esto debe ser acometido por ley, es decir, mediante la intervención del Congreso y no de las oficinas administrativas.

La contratación pública resulta un escenario en el cual las esferas política, económica y social pesan en dimensiones mayores que el Derecho y, por ello, el espacio institucional más acorde a efectos de su definición, resulta el órgano en el cual prevalecen los procedimientos de deliberación y de mayorías. El Congreso debe ser el encargado de definir los distintos regímenes jurídicos que serán de aplicación en las contrataciones públicas. No es tarea de científicos, jueces y funcionarios, sino de los representantes del pueblo hacia el cual serán volcados los beneficios —o disfavores— de la contratación.

Pero no sólo eso. Las instancias de participación ciudadana deben ser habilitadas desde el momento inicial de diseño de la demanda. El pueblo debe tener canales de manifestación y de incidencia real y, sobre todo, aquellos a quienes las medidas proyectadas afecten en forma directa.

Las instituciones de democracia directa, hoy plasmadas en cláusulas *dormidas*, deberán despabilarse para dar entrada a los ciudadanos cuyos derechos deben garantizarse con la acción estatal. Iniciativas legislativas, consultas populares,

.....

⁹⁶ GORDILLO, *Introducción al...*, op. cit., p. 83.

audiencias públicas, presupuestos participativos y todos los nuevos mecanismos que podamos diseñar para estar más cerca del ideal perenne de la democracia: el autogobierno. Y, además, porque no hay mejor forma de control que el involucramiento directo.

Porque tampoco es cuestión de entregarse de brazos abiertos a regímenes de Derecho Privado cuando la materia que estos regulan no resulta trasladable al campo de las contrataciones públicas. Por esto, no se acuerda con la aplicación de la regla del Derecho Público norteamericano extraída de reiterados precedentes de la Corte Suprema Federal, citada por MAIRAL⁹⁷, y que dice: “Si el [Gobierno] desciende de su posición de soberanía y entra en el campo comercial, se somete a las mismas leyes que allí gobiernan a los particulares”⁹⁸, o la mucho más reciente en idéntica línea: “Cuando los Estados Unidos entran en relaciones contractuales, sus derechos y obligaciones en tal marco se gobiernan generalmente por el derecho aplicable a los contratos entre particulares”⁹⁹.

En definitiva, no tenemos buenas razones para acometer el esfuerzo de construir un régimen unificado para las contrataciones públicas. Es del todo preferible la regulación legislativa particularizada de las alternativas de contratación, de los tipos más característicos y, dentro de estos, ponderar también la importancia del bien o servicio que constituya el objeto de contratación.

E incluso, declarar que ciertos bienes vitales o estratégicos quedan reservados a la gestión directa y exclusiva del Estado: provisión de agua potable y saneamiento de efluentes cloacales, administración del espacio radioeléctrico o explotación de yacimientos de petróleo, carbón y gas. No podemos partir de prejuicios ideológicos que nublen el razonamiento y limiten las alternativas. Concretamente, “el debate no

⁹⁷ MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo y el derecho...”, op. cit.

⁹⁸ “Cooke v. United States”, 91 U.S. 389, en 398 (1875).

⁹⁹ “United States v. Winstar Corp.”, 518 U.S. 839, nota 39 (1996).

se plantea sobre la forma que adopte la actividad pública, sino sobre las funciones propias del gobierno. Siendo estas preguntas tan importantes, ellas no pueden ser abordadas correctamente si se comienza con la presunción a favor del sector privado supuesta por aquellos que ven la privatización como una panacea¹⁰⁰.

Como se dijo, esta tarea debe ser abordada indefectiblemente por el Congreso y por el pueblo mediante los canales que le garanticen participación e incidencia efectiva en las decisiones. Porque además de las competencias constitucionales que le resultan de aplicación en la materia¹⁰¹, la cuestión de las contrataciones públicas se apoya en un plano político e ideológico que encuentra su mayor grado de legitimación en ese espacio institucional y en los mecanismos de intervención popular directa.

Si la cuestión es de este tenor y si reconocemos también en la jurisprudencia la presencia de “motivaciones ideológicas”¹⁰², ubiquemos el tema en el punto de mayor legitimidad democrática y recortemos aquel que menos la tiene.

SALOMONI rememora la militancia de la Junta Consultiva de Abogados de Ferrocarriles, integrada por representantes de las compañías inglesas concesionarias, cuando en 1925 bregaba por la aplicación de los principios civilistas que “sintetizan más que nada el criterio de un hombre probo”, contra un Derecho Administrativo “abierto a todas las teorías y, algunas veces, a todas las fantasías”¹⁰³. Ciertamente, esta no es la propuesta.

¹⁰⁰ ACKERMAN, SUSAN ROSE, “Desregulación y privatizaciones en los Estados Unidos. Críticas desde un enfoque progresista”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 1, N° 1, abril 1996, ps. 58-59.

¹⁰¹ Artículos 41, 42, 75, incisos 5, 8, 14, 18, 19, 23, 32.

¹⁰² Limitando las supuestas diferencias entre crear y aplicar derecho, Kennedy nos propone una “hermenéutica de la sospecha” la cual consiste en la “búsqueda de las motivaciones ideológicas escondidas en las sentencias judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales o neutrales... En el discurso jurídico, la evidencia de esta imputación de motivaciones casi nunca es flagrante, en el sentido de que implique una admisión de intención. En las sentencias judiciales los jueces siempre ‘niegan’, en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos [...] Obviamente, se trata de una convención y dice poco sobre lo que ‘realmente’ está sucediendo”, KENNEDY, DUNCAN, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010, p. 36.

¹⁰³ SALOMONI, JORGE LUIS, “Contratos administrativos y Mercosur,” en *Contratos administrativos...*, op. cit., 2010, ps. 483-484.

De lo que se trata es de pensar un Derecho Público expreso y por ley, en el cual hayan existido instancias de participación y definición ciudadanas, que se pronuncie sobre el fenómeno de las contrataciones públicas y que, al hacerlo, especifique el bien, servicio o sector recortado para regular. Que pueda plasmar regímenes inteligibles con el mayor grado de precisión posible, tanto en su etapa de selección del contratista como de ejecución del contrato.

Si luego de esta tarea surgen notas típicas, repetidas en todos ellos, estaremos en condiciones de sostener una *teoría general* explicativa o descriptiva, pero que surgirá diáfananamente de los regímenes específicos y no de la arqueología practicada en los repertorios de jurisprudencia.

No se han logrado tan buenos resultados como para desistir, sin intentarlo, de un camino distinto. El recorrido, hasta hoy, ha contribuido a generar una *burocracia de las compras públicas* aliada al *club* de contratistas privados, a parir una *patria contratista* que no ha parado de beneficiarse de sus relaciones con el Estado, a encarecer la provisión de bienes y servicios, a multiplicar la litigiosidad, a concentrar poder en una casta de funcionarios que nadie conoce y que son los auténticos *barones* de los contratos, y sobre todo, se ha recorrido un camino que no ha demostrado ser eficaz, al no lograr el objetivo de satisfacción de las necesidades públicas y de los derechos constitucionales.

Estimo autorizada, entonces, la propuesta de una alternativa.

CAPÍTULO II

SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

MARTÍN CORMICK

I. INTRODUCCIÓN

En todo curso de Derecho Administrativo –y en todo texto doctrinario–, vemos que toda actividad del Estado está orientada hacia satisfacer el bien común. Es harto conocida esta expresión, que por cierto la encontramos –dicho de otra manera–, desde nuestro preámbulo, en el cual uno de sus objetivos es promover el bienestar general.

Esta idea, que se gobierna con un fin y objetivo determinado y no *porque sí*, tiene larga data en los diversos autores que han analizado el rol del Estado, su conformación, y sus objetivos a la hora de gestionar. Es así como, desde PLATÓN en su IV Capítulo de *La República*¹⁰⁴, el Estado debe obrar observando el valor de Justicia, ponderando la valentía, prudencia y templanza de los hombres que viven en él. En idéntico sentido la idea continúa y se profundiza en ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS DE AQUINO. En palabras de JORGE MARTÍNEZ BARRERA:

“De una manera imperceptible, el problema del objeto último de la política, como la búsqueda del mejor régimen, es enriquecido por el Aquinate¹⁰⁵, sin negar la posición del Estagirita, con el problema del bien común. La Política aparece así formalmente definida como la ciencia del bien común en la comunidad perfecta, y como ella es ante todo ciencia

¹⁰⁴ PLATÓN, *La República o El Estado*, Edicomunicación, Cap IV.

¹⁰⁵ Por ARISTÓTELES, el Aquinate citado en la frase es, va de suyo, SANTO TOMÁS.

práctica, su formalidad en la búsqueda, instauración, conservación y mejora de ese bien común¹⁰⁶.

En ese sentido, se establece que: “El Estado, entendido como relación social y como institución, plasmada concretamente en organismos de diversos niveles, tiene como objetivo principal para orientar sus acciones la satisfacción del interés general de la sociedad de la que es siempre expresión”¹⁰⁷. En consecuencia, el Estado, para desarrollar sus actividades, esto es, la puesta en marcha de políticas que den satisfacción al interés público, requiere de bienes, servicios y realización de obras. Es la faceta del Estado en la cual, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, son declaraciones “... productoras de efectos jurídicos que no proceden solo de la voluntad de la Administración, sino a la vez de esta voluntad y de otra u otras propias de otros sujetos”¹⁰⁸.

Al respecto, se dice que “... puede entenderse que toda la actividad del Estado tiene que estar destinada, directa o indirectamente, a ese fin, es decir, que el interés general que se construye y expresa en su actividad, tiene que cumplirse, ya sea de forma inmediata o mediata, en todas sus gestiones. Un ejemplo de satisfacción inmediata del interés general de la sociedad es cuando un ciudadano se acerca a un hospital público y el Estado le presta la atención adecuada para su problema de salud. Un ejemplo de satisfacción mediata es cuando ese mismo Estado adquiere o compra los equipamientos necesarios para luego poder brindar la atención adecuada a los ciudadanos”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ BARRERA, JORGE, “El Bien Común Político según Santo Tomás de Aquino”, En Revista de Filosofía Themata, N° 11, 1993, ps. 71-99. Disponible en:

<http://institucional.us.es/revistas/themata/11/04%20martinez%20barrera.pdf>.

¹⁰⁷ ARENOSO, FEDERICO, *Manual de transparencia y control social en las contrataciones públicas*, 1a ed, Buenos Aires, Fundación Poder Ciudadano, 2006, p. 27

¹⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ; TOMAS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Ed. Civitas, Décima Reimpresión, 2001, p. 663.

¹⁰⁹ ARENOSO, FEDERICO, op. cit., p. 28.

Sería impensado, dada la cantidad de tareas que desarrolla un Estado moderno, que pueda cumplir con todo ese cometido solamente con recursos humanos propios¹¹⁰. Para que ello ocurra, debería intervenir en todos los procesos de la economía –porque necesita, entre otros y diversos ejemplos, desde alimentos, hasta objetos de alta complejidad tecnológica, desde servicios de limpieza hasta seguridad–.

Ahora bien, cuando el Estado demanda un bien, es evidente y va de suyo que si bien la Administración persigue el interés público mencionado, al mismo tiempo, aquel particular que lo ofrece pretende obtener un beneficio económico de lo requerido por el Gobierno. Es por ello que se conjugan en un mismo acto el interés público de la Administración con el interés privado de quien quiere lucrar con una operación económica, la cual en muchas oportunidades es el único giro comercial o el principal, su sostén de vida. Ello hace que la forma y el procedimiento en que la Administración contrata dista de ser una cuestión teórica, puesto que no sólo involucra a cumplimientos normativos, sino al derecho constitucional a ejercer el comercio o industria en igualdad ante la ley (artículos 14 y 16 Constitución Nacional).

II. ¿CÓMO DEBE DEMANDAR LOS BIENES EL ESTADO? LA REGLA LICITACIÓN PÚBLICA - CONCURSO PÚBLICO

Históricamente, parte de la doctrina, previo a la sanción de la Ley de Contabilidad y Organización del Tribunal de Cuentas de la Nación y Contaduría General (Decreto Ley 23.354), del 31/12/56, y conviviendo con dicha normativa, pensaba que existía en cabeza de la Administración la potestad de elegir libremente al contratista.

Nótese que MARIENHOFF, en su *Tratado*, arranca el capítulo con la siguiente frase: “La Administración Pública no siempre puede elegir libremente a su cocontratante...”¹¹¹.

¹¹⁰ En su caso, y ajeno a este análisis, quizás muchas tareas que hoy se tercerizan, dadas su periodicidad y por ser las únicas actividades que prestan, deberían incorporarse a las plantas de los organismos.

¹¹¹ MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, Nº 627 A, Buenos Aires, p. 627 y ss.

Pocos párrafos después, profundiza estableciendo que “... la circunstancia de que en el contrato ‘administrativo’ una de las partes sea la Administración Pública, cuya actividad hállese sujeta a diversos tipos de control –no sólo de orden financiero y técnico, sino también ético–, da como resultado que, al celebrar contratos, la Administración no disponga de total o absoluta libertad para elegir a su cocontratante, como ocurre, en cambio, cuando dos personas particulares contratan entre sí”. Este análisis de MARIENHOFF permite vislumbrar que en cabeza del autor existía –al momento de escribir su *Tratado*– un margen para decidir a quién contratar.

Esta posible y minoritaria interpretación fue claramente dejada de lado desde la sanción de dicha ley, ordenando que la Licitación Pública es el procedimiento regla para seleccionar al contratista. Como bien sostiene GORDILLO, no importa decir si la Licitación Pública solo es regla en los casos en los cuales así queda expuesto, porque, en los hechos, queda expuesto en la normativa de todos los órdenes a nivel nacional. Al respecto, sostiene el autor que: “No se trata de hallar la ‘esencia’ de las cosas por alguna intuición o postulación ex cátedra, sino de indagar cómo está resuelto el problema en el derecho positivo y a partir de allí construir un sistema explicativo del orden jurídico. Y desde ese punto de vista no hay dudas que todas las normas de nuestro país exigen como regla la Licitación Pública, que cabe entonces interpretarla como requisito general”¹¹². Esto es, es la regla porque la ley lo dice.

Con tal objeto, se aprueban las normas que permiten, desde las operaciones más simples y periódicas, hasta las contrataciones más complejas, fijar las reglas de colaboración y la prestación de los administrados en su calidad de cocontratista.

La regla, entonces, conforme artículo 24, Decreto 1023/01¹¹³, y reproducido en las normativas provinciales y de Ciudad de Buenos Aires, es la *Licitación Pública* para

.....
¹¹² GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y obras Selectas*, T. 2, Capítulo XII, p. 3, ahora como 1ª ed. del *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA, 2014.

¹¹³ Publicado en Boletín Oficial 29.712, de fecha 16 de agosto de 2001.

aquellas selecciones de contratistas donde el factor económico incide en mayor medida, y el *Concurso Público* en aquellos casos en donde la selección no prioriza cuestiones económicas. Dicho artículo sostiene que: “La selección del cocontratante [...] se hará por regla general mediante Licitación Pública o concurso público, según corresponda...”.

En palabras de GORDILLO, la Licitación Pública “... es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar en concurrencia la mejor oferta para celebrar un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público o a cualquier empresa inscrita en un Registro creado al efecto”¹¹⁴. Es la Licitación Pública la que, en su caso, y como se desarrollará acabadamente en su respectivo apartado, refleja de forma más cabal los principios descriptos por el artículo 3 del propio Decreto 1023/01.

Es evidente, entonces, que el Estado está impedido de seleccionar como regla arbitrariamente y a sola discreción un contratista, debiendo elegir al que *a la postre* resultará más conveniente para la propia Administración. La exigencia del procedimiento de Licitación Pública como regla permite, asimismo, y como ya fue dicho previamente, que aquel oferente interesado en proveer de un bien o servicio que se encuentre en mejores condiciones que sus posibles competidores sea el futuro contratista. Esta sujeción al procedimiento no es otra cosa en la práctica que una obligación de actuar y un límite a la Administración. Límite que, no es ocioso repetir, emana de normas constitucionales.

Entonces, da ventajas para ambas partes. El Estado adquiere un bien o servicio a menor costo, y el particular puede obtener una ganancia producto de la operación comercial. Al respecto, el *Manual de Licitaciones Públicas* elaborado por la CEPAL establece que:

¹¹⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, “El Informalismo y la Concurrencia en la Licitación Pública”, Revista de Derecho Administrativo, N° 11, Buenos Aires, 1992, p. 293 y ss.

“Evidentemente, para conseguir el mejor precio para la Administración o para el usuario del servicio y evitar discrecionalidades, arbitrariedades e incluso conductas de corrupción, lo ideal es que se establezcan mecanismos de licitaciones públicas que garanticen la mejor actuación del Estado y la transparencia entre las empresas o personas que compiten por el contrato. De esta manera, se garantiza la competencia técnica del que ofrece el bien o servicio y un tratamiento igualitario entre todos los competidores. El sistema de Licitación Pública tiene de todas formas superiores ventajas a cualesquiera otra forma de selección de contratistas”¹¹⁵.

III. PRINCIPIOS APLICABLES

En primer lugar, y como introducción al apartado, podemos afirmar que el procedimiento de la Licitación Pública es aquel que mejor expresa los principios de las contrataciones administrativas establecidos en el artículo 3 del Decreto 1023/01.

Dicho artículo establece que:

“Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán: a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado. b) Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes. c) Transparencia en los procedimientos. d) Publicidad y difusión de las actuaciones. e) Responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones. f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden”.

Es por ello que lo que impera en la norma es que los principios sean aplicados a todos los procedimientos, tanto la regla –Licitación Pública–, como las excepciones – distintos procedimientos de contratación directa, por ejemplo–.

.....
¹¹⁵ CORREA, ISABEL, *Manual de licitaciones Públicas*, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social- ILPES, perteneciente a la CEPAL, diciembre de 2002.

Lo que sí podemos advertir al adentrarnos en el análisis de la temática propuesta, es que la ponderación de los distintos principios variará de acuerdo al procedimiento elegido. Así, *a priori*, y ya expresado, en la Licitación Pública el balanceo entre los distintos principios es la más completa, mientras que en la Contratación Directa claramente hay una opción por una serie de principios por sobre otros.

Del mismo modo, la aplicabilidad de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos al régimen de selección de contratistas, y posteriormente durante la ejecución del contrato, deviene en una consecuencia natural, en razón del sujeto (público) estatal y el ámbito subjetivo de la citada norma, dentro de la cual se contempla a la Administración centralizada y descentralizada¹¹⁶.

Siendo ello así, los principios del procedimiento administrativo conviven con los principios propios del procedimiento de selección del contratista¹¹⁷.

En consecuencia, algunos principios se confunden en ambos regímenes, resultando asimismo aplicables aquellos otros citados en la LNPA que no impidan el normal desenvolvimiento de la selección natural requerida por el Estado para el debido ejercicio de la función administrativa; del mismo modo, otros principios rectores que constituyen la base del Derecho Administrativo moderno vienen a nutrir el accionar estatal.

Así, por otra parte, lo ha reconocido la doctrina al afirmar que se trata de principios generales que han de regular todo el espectro de la contratación, con mayor o menor incidencia sobre determinadas etapas que sobre otras¹¹⁸.

¹¹⁶ Conforme artículo 1, Ley Nacional Procedimientos Administrativos 19.549. De hecho, como se verá más adelante, el artículo 11 del Decreto 1023/01 exige la formalidad de acto administrativo para distintas etapas del procedimiento.

¹¹⁷ Se verificarán entonces varias normas de reenvío del régimen de contratos al procedimental.

¹¹⁸ GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 371.

En el mismo sentido, se ha dicho que resultarán de aplicación a este procedimiento especial, según lo vertido en el referido capítulo, las normas que hacen al procedimiento general y común que integran la LPA y el RPA, destacando, asimismo, que aun cuando existen especiales modulaciones en su regulación, el apartamiento de estas normas generales no son tantas como se podría presumir y, lo que es más, se entrelazan los distintos lotes de principios, es decir, los propios del procedimiento administrativo y los de los procedimientos de selección del contratista particular¹¹⁹.

III.1. Principio de Legalidad

En este sentido, y previo a enumerar los principios establecidos en el artículo 3 del Régimen Contractual, y como condición necesaria para el efectivo cumplimiento de aquellos, encontramos el principio de legalidad. Este no es otro que el debido sometimiento del funcionario a las leyes. Aunque pareciera ser una obviedad, nos debe recordar los años de Monarquía en los cuales el Estado no se limitaba por norma alguna a la hora de administrar.

COMADIRA nos enseña que: “Todo el accionar del Estado halla su fundamento jurídico primario y su límite en la Constitución Nacional y en el sistema de juricidad que de ella se deriva...”¹²⁰.

La aplicación del principio de legalidad en el ámbito de la contratación administrativa y el consecuente desplazamiento, en éste, de la vigencia plena de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y la declaración de oficio, con

.....

¹¹⁹ CANOSA, ARMANDO N., “Los principios del procedimiento administrativo en recursos, reclamos y contratación pública”, Buenos Aires, Abeledo Perrot Nº: AP/DOC/2808/2012.

¹²⁰ COMADIRA, JULIO R., ESCOLA, HÉCTOR J., y COMADIRA, JULIO P., *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 1ª ed. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 37.

sustento en aquel principio, de la invalidez de un reglamento de contrataciones violatorio de la ley formal¹²¹.

Del mismo modo, la Corte Suprema ha dicho que:

“... en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad la Administración Pública, ésta se halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal, y en virtud de ese mismo principio no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos de condiciones generales puedan prevalecer sobre lo dispuesto en normas de rango legal, ya que el sentido, validez e incluso la eficacia de las primeras quedan subordinadas a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato que los pliegos tienen por finalidad reglamentar”¹²².

Debemos entender, como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, que “... todo poder es un poder jurídico, o en forma más categórica, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho”¹²³. Continúa luego uno de los autores que más ha abordado el tema que:

“El Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Este partía de un principio básico: la fuente de todo derecho es la persona subjetiva del rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, lo que implica que pudiese actuar tanto por normas generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquellas”¹²⁴.

¹²¹ CSJN, 22/12/1993, “Espacio S.A”, Fallos: 316:3157, también publicado en ED 159-41, considerando 7, con nota de David Halperín. En la causa “El Rincón de los Artistas”, citada, la Corte recuerda esta doctrina y la aplica para considerar inválido un pliego de condiciones violatorio del régimen general de administración y disposición de bienes del Estado.

¹²² CSJN, Fallos: 333:1922. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte para fallar.

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 10ª. ed. Buenos Aires, Civitas, 2000, p. 431.

¹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit, p. 432.

Entonces, en resumen, el principio de legalidad es el sometimiento de la Administración a la Ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación.

Denominado también principio de juricidad, nace a nivel constitucional del artículo 19 de la CN, debiendo la Administración sujetarse al conjunto de normas que integran el bloque de legalidad, la cual trasciende la frontera de la ley, puesto que, en lo que aquí nos compete, “... el Decreto1023/2001 consagra de forma inequívoca el mentado principio al estipular que las contrataciones también se regirán por el pliego de bases y condiciones, contrato u orden de compra, así como los principios específicos de las contrataciones administrativas”¹²⁵.

Esta sujeción a la norma, y autolimitación en materia de voluntad contractual, es uno de los rasgos característicos del procedimiento de selección del contratista estatal, en tanto la regla es la contraria al principio de autonomía de voluntad de las partes que rige para el Derecho Privado.

Plasmado en el fallo “CASE SACIFE, Buteler”, nos dice que “... la Corte Federal deja en claro que en materia de contratos administrativos el principio de legalidad — hoy denominado de juricidad por la doctrina— tiene la virtualidad de desplazar la regla de la autonomía de la voluntad de las partes pues, éstas deben someterse — invariablemente— a la forma y sustancia establecidas normativamente”¹²⁶.

A su vez, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) sostuvo que “... el principio de juricidad requiere la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico; exige, asimismo el respeto de los precedentes administrativos en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad”¹²⁷.

.....
¹²⁵ GARCÍA, LEANDRO, en REJTMAN FARAH (dir.), *Contrataciones de la administración nacional*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p.39.

¹²⁶ BUTELER, ALFONSO, “La autonomía de la voluntad en los contratos administrativos”, DJ 01/06/2011, 27 Fallo Comentado: CSJN (CS) CS ~ 2010-10-05 ~ “CASE SACIFIE c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

¹²⁷ Dictamen PTN 253:38.

REJTMAN FARAH en su artículo “Desencuentros...” aporta, siguiendo el precedente “Stamei SRL”, que:

.....
79
.....

“La prescindencia del proceso previo de selección que tales excepciones comportan, no pueden obviamente, quedar librada al arbitrio del Administración ni extenderse a otros supuestos que no sean los que la norma prevé, por lo que cuando la Licitación Pública es requerida por la ley, su omisión vicia de nulidad absoluta el acto de adjudicación el contrato celebrado con el contratista”¹²⁸.

Concluyendo, el principio de legalidad tendrá una necesaria implicancia en el procedimiento contractual, pues podemos inferir de su substancia y contenido que representa el género de la actividad fundacional de la Administración Pública, por cuanto el funcionario deberá respetar en todo momento las prescripciones normativas que regulan su accionar; en este caso, si la ley determina la incoación de un determinado procedimiento de selección (v. gr. Licitación Pública), y se celebra uno distinto, la consecuencia será la necesaria declaración de nulidad del contrato que se celebre en dicho marco (conf. Doctrina de Fallos: 323:3924), pues se habrán violado, además del procedimiento, entre otros, los principios de promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes, como así también la transparencia en los procedimientos, específicos del régimen contractual.

Este principio, si bien no tiene una recepción expresa, surge implícitamente de los artículos 16, 19, 28, 31, 42 y 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, estos dos últimos con relación al procedimiento de contratación y, además, del artículo 7, inciso c), de la LPA (en tanto y en cuanto exige que el acto administrativo debe ser jurídicamente posible), y del inciso f) del mismo precepto, porque allí se establece la obligatoriedad de que exista proporcionalidad entre las medidas que el acto involucre y la finalidad perseguida; asimismo, porque en la misma norma se establece que con el

.....
¹²⁸ REJTMAN FARAH, MARIO, “Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración pública en materia de contrataciones administrativas”, La Ley, Sup. Adm. 2010 (agosto), p. 197. El autor comenta el fallo de CSJN, “Stamei S.R.L. c/Universidad Nacional de Buenos Aires”, 1987, Fallos: 310:2278.

dictado del acto administrativo no puede perseguirse otro fin, aunque fuera público, distinto del que justifique su objeto, el cual debe ser jurídicamente posible. La disposición mencionada en último término es la recepción normativa de la protección del interés público dentro del ordenamiento jurídico administrativo vigente¹²⁹.

No puede soslayarse, por último, que el artículo 11 del Decreto Delegado 1023/01 prevé que será de aplicación el artículo 7 de la LNPA en cuanto a la celebración de determinados actos, constituyendo una norma de reenvío directo.

III.2. Principio de Razonabilidad y Eficiencia y Celeridad, Economía y Sencillez (conf. artículo 1, inciso b, LNPA)

El primer principio que aparece reflejado en el artículo 3 del Decreto 1023/01 es la “a) Razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado”.

Respecto de la razonabilidad, LINARES QUINTANA explica que “lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común”¹³⁰. Asimismo, NIELSEN desagrega el principio de razonabilidad en tres subprincipios: el de adecuación, el de necesidad, y el de razonabilidad en sentido estricto¹³¹: a) el de adecuación se refiere a la idoneidad del medio escogido para el cumplimiento del fin buscado, b) el subprincipio de necesidad implica elegir entre los medios idóneos para el logro del fin que procura –es decir, los que cumplen con el subprincipio de adecuación–, aquel que resulte más apropiado para el cumplimiento del fin con el

¹²⁹ CANOSA, ARMANDO N., “La discrecionalidad administrativa en los concursos docentes: su control”, Revista de Derecho Administrativo, N° 11, Buenos Aires, 1992, p. 489.

¹³⁰ LINARES QUINTANA, SEGUNDO, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 559.

¹³¹ NIELSEN, FEDERICO, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos, Jornadas Nacionales Organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Ediciones RAP, “La Razonabilidad y la Eficiencia como Principios Generales de la Contratación Administrativa”, p. 563 y ss.

menor sacrificio a los derechos de los particulares, y c) el de razonabilidad en sentido estricto, es decir, la determinación acerca de si la medida guarda relación razonable con el fin que se pretende alcanzar.

En cuanto al principio de eficiencia, entendemos que implica cumplir el objetivo con la menor cantidad de recursos posibles. En el principio encontramos una relación indisoluble entre el principio de eficiencia, citado en la norma, y el de eficacia. Al respecto: “El principio de eficiencia, que completa al de eficacia, atiende a la optimización en el uso de los recursos materiales y humanos para la consecución de los fines planteados y la mejora de la calidad de los servicios, condicionando la toma de decisiones para lograr mayores logros a menores costes”¹³².

En materia de administración financiera, los principios de eficiencia, eficacia y economía se analizan en conjunto, y se denominan *las 3 E*. Al respecto, entendemos, como sostienen IZQUIERDO PERIS y VIRGIDANO, que:

“[estos principios] pueden definirse de la siguiente manera: Economía: principio de la gestión económico-financiera consistente en alcanzar los objetivos fijados en una organización, programa, proyecto, actividad o función minimizando el coste de los recursos utilizados. Eficacia: principio de la gestión económico-financiera consistente en conseguir los objetivos establecidos por una organización, programa, proyecto, actividad o función. Eficiencia: principio de la gestión económico-financiera consistente en conseguir la mejor relación posible entre los resultados obtenidos por una organización, programa, proyecto, actividad o función y los recursos empleados para conseguir aquellos”¹³³.

En suma, lo que busca la Administración en todo procedimiento de selección del contratista es adquirir el bien o servicio al menor costo posible y que, a su vez, cumpla las condiciones establecidas en el pliego, es decir, que sea un bien adecuado para

¹³² Escuela de Administración Regional Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Documentación sobre gerencia pública, del Subgrupo A2, Cuerpo Técnico, especialidad de Gestión Administrativa, de la Administración.

¹³³ PERIS, JOAQUÍN IZQUIERDO, y VIRGIDANO RAQUEL GONZÁLEZ, “El cumplimiento de los principios de economía, eficacia y eficiencia en la gestión de fondos públicos destinados a la enseñanza primaria en la Comunitat Valenciana”, de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, Revista Auditoría Pública, Nº 65 2015, p. 31.

cumplir funciones públicas, de acuerdo al criterio de oferta más conveniente teniendo en cuenta el precio, la idoneidad y calidad del oferente.

Presumiblemente, tener la posibilidad de elegir entre más de una oferta permite *a priori* el seguimiento de dicho principio, porque a mayor cantidad de ofertas existiría un mejor precio.

Correlacionando ahora ambos regímenes normativos, nos encontramos ante un punto de contacto, pues en la LNPA se prevé en el artículo 1 inciso b) la celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites.

GORDILLO ha dicho que: “La eficiencia en el manejo de los fondos públicos viene también exigida por la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156, la CICC, la Ley 25.188 y el Decreto 229/00, artículo 4, inciso g) y artículo 5, inciso a). Ello significa que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente”¹³⁴.

III.3. Principio de concurrencia e informalismo a favor del administrado (artículo 1, inciso c, LNPA)

El principio de concurrencia es uno de los principios claves del procedimiento. Se encuentra en el inciso b) “Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes”.

Es el que impone a la Administración a agotar sus recursos a efectos de poder contar, para un procedimiento de selección, del mayor número de ofertas posibles que compitan entre sí.

¹³⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA, 2014, p. 441.

Al conseguir que numerosos interesados concurren –esto es, lleguen a presentar exitosamente su propuesta–, luego encontramos la segunda etapa o el espejo de este procedimiento, que es que dichos oferentes compitan.

Como bien sostiene GARCÍA:

“De una simple lectura se extrae que el concepto de concurrencia y competencia no son utilizados como sinónimos [...] Por concurrencia entendemos el acto público de afluencia de ofertas que formalizan particulares ante el órgano licitante dando lugar a una interacción que tiene lugar, en general y por principio, entre el órgano que realiza el llamado y un conjunto indeterminado de sujetos que gozan del derecho subjetivo ciudadano de participar activamente en un procedimiento de selección, en la medida que cumplimenten las condiciones necesarias que fijen la normativa”¹³⁵.

Ahora bien, retomando lo expuesto previamente, en cuanto a las pujas existentes entre más de un principio, téngase en cuenta que una exagerada ponderación del principio de igualdad lleva necesariamente a la reducción de la concurrencia. A su vez, el principio de informalismo a favor del administrado podría colisionar de modo patente con la igualdad que regula la selección de contratistas, por cuanto, cabe entender, que admitir la subsanación de un vicio¹³⁶ en la oferta puede dar lugar a una alteración que trastoque un eventual resultado sobre la posterior adjudicación.

No obstante ello, el informalismo encuentra su límite en la actual redacción del artículo 66 del Decreto 1030/16, que opera como una suerte de barrera infranqueable ante las omisiones de los proveedores estatales.

Al respecto, GORDILLO sostiene que:

¹³⁵ GARCÍA, LEANDRO, op. cit., p. 63.

¹³⁶ Cuando nos referimos a la subsanación de un vicio, no incluimos aquí una subsanación menor. En estos casos, conforme el artículo 17 del Decreto 1023/01, corresponde dar un plazo para efectuar dicha subsanación. Al respecto, ver CORMICK, MARTÍN, en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 191.

“... uno de los conflictos que se solían dar habitualmente entre el principio tradicional de la igualdad formalista a rajatabla, y la finalidad de obtener el mayor número de oferentes para acercarse al precio del mercado y no quedarse con un precio ficticio de unos pocos elegidos, estaba representado por la siguiente fórmula clásica. En innumerables casos, que todavía se repiten, algunos oferentes tal vez no sabían, no querían o no podían hacer obras o suministros a precios de mercado, pero en cambio eran perfectos e insuperables en el arte de saber hacer y cumplir todos y cada uno de los infinitos papeles y requisitos burocráticos que condicionaban la admisibilidad (*id est*, validez) de las ofertas”¹³⁷.

Por ello, y ante la actual claridad de la norma, quedan delimitados los alcances del informalismo a favor del administrado. Ello más allá de la opinión en favor de la presentación de oferta ante la duda que tenemos.

III.4. Principio de Transparencia y Publicidad y la reserva de actuaciones (conf. artículo 2, inciso c, LNPA)

El principio de transparencia trasciende, claramente, el procedimiento de selección del contratista estatal, y es un pilar de todo procedimiento administrativo o, más aún, de todo el Derecho Administrativo.

Como bien sostiene PABLO ZAK: “La gestión administrativa como actividad dirigida al servicio de la comunidad, debe caracterizarse por su apertura ante la misma colectividad a la que se brinda. Esto entraña reconocer la necesidad de un control constante sobre su actuar, radicando allí la importancia de la transparencia, la cual en suma, supone una garantía para todos los individuos”¹³⁸. Esto es, en la medida en que se gestiona para obtener el bien común, la mejor forma de explicitarlo y que el destinatario –el pueblo– tenga cabal conocimiento sobre el andar de la Administración. Esto, en términos generales en el desarrollo de toda la actividad

¹³⁷ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. XI, “Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo”, Sección V. Después de la reforma del Estado (1998), Capítulo VII “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2015, p. 5.

¹³⁸ ZAK, PABLO, *El principio de transparencia en la administración pública*, p. 1, disponible en <http://www.zak-icg.com/admin/material/archdestacado2.pdf>.

pública, y, en lo particular, en todo procedimiento administrativo, y, más específicamente, en el procedimiento de selección del contratista estatal.

Lo que nos permite la transparencia, según ZAK, es “que el poder público y su accionar se encuentren a la vista de todos, sin velos ni secretos, en una situación tanto pasiva como activa: dejar ver y mostrar”¹³⁹.

Además del apartado c) del artículo 3 del Régimen de Contrataciones, que establece la “[t]ransparencia en los procedimientos”, el artículo 9, a su vez, sostiene que:

“La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”.

Al respecto, existe una fuerte correspondencia entre transparencia, publicidad y sistema republicano de gobierno. Así, vemos en el Fallo “Actuar” en su considerando 16 que:

“... en suma, la rescisión del contrato de consultoría halló sustento en diversas disposiciones examinadas, y, al mismo tiempo, a una razón de interés general, como lo es aquel que tiene la comunidad en que las gestiones de la Administración Pública, sean realizadas por sí misma o mediante la colaboración de los particulares, se encuentren presididas por el respeto a la buena fe, a la ética, y a la transparencia que hacen nada menos que a la forma republicana de gobierno”¹⁴⁰.

.....

¹³⁹ ZAK, PEDRO, op. cit, p. 1.

¹⁴⁰ CSJN, 18/07/2002, “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo”.

Por su parte, si bien no existe taxativamente en la Constitución Nacional la obligación de la publicidad de Actos de Gobierno, como sí ocurre en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires¹⁴¹, este se entiende como parte del Sistema Republicano de Gobierno. GELLI, en una enumeración de diversos artículos (83, 99.3, 33 y 42), entiende que "... debe interpretarse restrictivamente y como excepción cualquier límite que tenga por objeto restringir el acceso de los habitantes de la República a los actos de gobierno, producidos por cualquiera de los poderes del Estado o por los denominados órganos extrapoderes"¹⁴².

No debemos olvidar las referencias al principio de Transparencia que trascienden el procedimiento de selección del contratista estatal. Así, La Ley 25.188, de Ética Pública en Ejercicio de la Función Pública, se establece que los funcionarios "... se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: [...] e) Fundar sus actos y mostrar *la mayor transparencia* en las decisiones adoptadas *sin restringir información*, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan..." (el resaltado es propio).

Este principio cabal plasmado en un adecuado sistema republicano de gobierno, encuentra una limitación en el artículo 2 inciso c de la LNPA, en cuanto prevé con relación a las actuaciones reservadas o secretas que el Poder Ejecutivo deberá determinar las circunstancias y autoridades competentes para calificar como reservadas o secretas las actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que deban tener ese carácter, aunque estén incluidos en actuaciones públicas.

Conjugando ambos principios, podríamos afirmar que los derechos no revisten carácter absoluto, sino que se encuentran supeditados a una adecuada

¹⁴¹ Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 1: "La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. Todos los actos de gobierno son públicos..." (el resaltado es propio).

¹⁴² GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 4ª ed., ampliada y actualizada, 4ª reimpresión, La Ley, 2011, p. 27.

reglamentación, conforme el ejercicio del poder de policía para regular aquellos derechos¹⁴³.

.....
87
.....

Respecto a estas últimas, se ha dicho que debe exigirse a la autoridad administrativa dé debida cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales decide y observe, exclusivamente, los fines para los cuales fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, las de contratar¹⁴⁴.

La PTN, en su Dictamen 247:564, ha sostenido que: “En nuestro sistema el principio de publicidad es la regla; excepcionalmente, en algunos casos en los cuales están comprometidos los derechos de los particulares o la defensa nacional sería válido apartarse de este postulado. El derecho a la información, se encuentra limitado por el carácter reservado de determinados archivos o cuando puedan afectarse principios y derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad, la competencia comercial, la seguridad de la Nación y el buen orden administrativo” (conf. Dictámenes 278:163, 213:188)”. Este último caso podría tratar de una contratación que afecte la defensa nacional, tal el caso para la adquisición de radares de frontera y su eventual ubicación, siendo que su trascendencia podría repercutir en una afectación directa del bien que se pretende proteger mediante dicha contratación.

Es claro que, a más y mejor publicidad, mayor transparencia. No debemos olvidar que este principio de la publicidad tiene jerarquía supralegal, en tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción, en tanto el Artículo III, que establece las Medidas preventivas, sostiene que: “A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: [...] 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y

.....

¹⁴³ Profundizar en SAENZ, JUAN IGNACIO, en AA. VV., GARGARELLA, ROBERTO y GUIDI, SEBASTIÁN (coord.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, T. II, La Ley, 2016, p. 647.

¹⁴⁴ CSJN, 17/02/1998, “S.A. Organización Coordinadora Argentina”, Fallos: 321:174, ED, 177-749.

servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

III.5. Principio de Igualdad

El principio de igualdad, como es sabido, posee raigambre constitucional, en cuanto reconoce su fuente de mayor jerarquía en el artículo 16 de la Constitución en tanto “[t]odos sus habitantes son iguales ante la ley”.

Está relacionado con el principio de concurrencia, ya que asegurada la concurrencia de los oferentes por un pliego que no debe contener disposiciones limitativas, ya que sólo es posible garantizar la competencia leal entre ellos si se asegura un trato igualitario¹⁴⁵.

En materia de Procedimiento de Selección del Contratista Estatal, el principio de igualdad establece que todos los oferentes e interesados deben recibir el mismo trato y, al mismo tiempo, impide que se otorgue una determinada ventaja a alguno de aquellos que se hubiese negado al resto. Lo encontramos en el inciso f), denominado “Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes”.

Como bien señala F. GARCÍA PULLÉS, “algunos de estos principios defienden también derechos de los ciudadanos, que la Administración no puede soslayar o vulnerar con invocación de otros. Véase el ejemplo del principio de igualdad de tratamiento: Si ese principio fuera susceptible de postergación con base en la máxima concurrencia o en la promoción de la eficacia de las contrataciones, todo el esquema de transparencia y legalidad de las contrataciones administrativas resultaría burlado”¹⁴⁶.

.....
¹⁴⁵ Se ha señalado que el principio de igualdad no se vulnera cuando, por la vía idónea y con carácter previo al llamado a licitación, se establece una preferencia a favor de determinada categoría de licitadores u oferentes (ver MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. III-A, p. 206).

¹⁴⁶ GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, op. cit, p. 172.

Esto es, si todos están en pie de igualdad para ofrecer un bien, que lo logre capitalizar quien mejores opciones ofrece. Al respecto, CASSAGNE entiende que “del mismo modo que hay una igualdad ante la ley reconocida por un texto constitucional expreso, existe la igualdad ante la Administración, en cuanto es la principal gestora del bien común que debe imponer cargas y distribuir bienes de acuerdo al principio de igualdad”¹⁴⁷.

Concatenado este principio con la LNPA, advertimos que la violación de la igualdad dará lugar a la revocación del procedimiento en función de lo establecido en el artículo 11 inciso h del Decreto Delegado 1023/01, lo que inevitablemente determinará la aplicabilidad del artículo 17 de la Ley de Procedimientos referida.

Dicho en otras palabras, el principio de igualdad “... se traduce en la obligación que tiene la Administración de dispensar un trato igualitario tanto a los interesados como a los oferentes que concurran al procedimiento de selección”¹⁴⁸. Profundiza el autor que: “Por trato igualitario se entiende el deber que pesa en cabeza del órgano contratante de observar un comportamiento imparcial evitando realizar con los interesados y demás oferentes distinciones de cualquier tipo debiéndoles asegurar a todos igualdad real de oportunidades”¹⁴⁹.

De manera que la igualdad constituye uno de los presupuestos que componen el procedimiento administrativo para la selección de un determinado contratista, y su violación puede dar lugar a que el acto administrativo adolezca de un vicio en sus elementos esenciales, circunstancia que solo puede advertirse a la luz del artículo 7 y concordantes del LNPA.

.....

¹⁴⁷ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La igualdad en la contratación administrativa”, El Derecho, T. 101, p. 901.

¹⁴⁸ GARCÍA, LEANDRO, op. cit., p. 53.

¹⁴⁹ GARCÍA, LEANDRO, op. cit., p. 56.

III.6. Debido Proceso Adjetivo

El artículo 1 inciso f de la LNPA prevé el *debido proceso adjetivo*¹⁵⁰, el cual tiene una incidencia directa en la legalidad del acto administrativo que finalmente se dicte, por cuanto, de encontrarnos ante una decisión que resuelve una adjudicación sin fundamento válido alguno, adquirirá el ostensible carácter de nulidad prevista en el artículo 17 de la LNPA.

La recepción constitucional del principio del *debido proceso adjetivo* la debemos vincular también con otra garantía de carácter procesal que tiene estrecha relación con el procedimiento administrativo y dimana sus efectos dentro de él. Nos referimos a la denominada tutela judicial efectiva, la cual, como se dijo, "se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico, sino también en cuanto a la protección del interés general en procura de una buena administración proyectándose también al procedimiento administrativo"¹⁵¹. Este derecho puede resumirse básicamente en el derecho que tiene el particular en que se *haga justicia* y con relación al proceso administrativo se despliega en tres momentos diferentes: a) en el acceso a la jurisdicción; b) en el debido proceso, y c) en la eficacia de la sentencia¹⁵². El derecho aludido fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

.....
90
.....

.....

¹⁵⁰ "... f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad: Derecho a ser oído. 1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas. Derecho a ofrecer y producir pruebas. 2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio; Derecho a una decisión fundada. 3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso".

¹⁵¹ CASSAGNE, JUAN CARLOS, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", Revista de Derecho Administrativo, N° 32, Buenos Aires, 1999, p. 527. CANOSA ARMANDO N., "Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa", ED 166-988.

¹⁵² GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo, T. I, Madrid, Civitas, 1998, p. 17.

sustentando su existencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 3, apartados a) y b), y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

III.7. Otros principios

Si bien hemos abordado los principios más relevantes en la materia, existen otros que merecen ser citados a título informativo, a saber: el decoro, el orden procesal, la escritura, la oralidad¹⁵³ y la informatización, imparcialidad¹⁵⁴, contradicción y gratuidad.

CANOSA afirma que la contradicción, a su vez, se da cuando existen dentro del procedimiento intereses contrapuestos (v. gr., concursos o licitaciones), debiendo la Administración mantener la participación igualitaria de los interesados¹⁵⁵.

Con relación a la gratuidad, en muchos pliegos de bases y condiciones se agregan cláusulas que establecen costos para la adquisición de los pliegos y bases, los que en realidad no deberían superar la mera reproducción de los mismos.

Asimismo, no puede soslayarse que se ha implementado el sistema de contrataciones electrónicas¹⁵⁶ y que modifica en alguna medida algunas de las disposiciones vigentes en materias de principios, pues de acuerdo a lo que prevé el Sistema COMPR.AR, éste enviará automáticamente correos electrónicos a los

¹⁵³ Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional (Anexo I, Decreto 1172/2003), el cual dispone que "[e]l procedimiento de audiencia pública debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad".

¹⁵⁴ Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ, TOMÁS, quienes dicen que: "La administración debe decidir conforme al orden jurídico sin beneficiar a alguien en detrimento de otros", *Curso de Derecho Administrativo*, Notas de AGUSTÍN GORDILLO, T. 2, Thomson, Civitas, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 483 y ss.

¹⁵⁵ CANOSA ARMANDO, *Los Principios...*, op. cit.

¹⁵⁶ Conf. Disposición 65-E-2016 ONC.

proveedores inscriptos en el Sistema de Información de Proveedores según su rubro, clase u objeto de la contratación, si los hubiera. Con esto se dará por cumplido el requisito de publicidad de la convocatoria referente al envío de invitaciones. También la citada Disposición revela que a partir del momento en que un procedimiento deba realizarse mediante COMPR.AR se tendrán por no escritas las disposiciones relativas a actos materiales o presenciales cuya realización se traduzca en operaciones virtuales en el mismo.

En este esquema, aquellos principios procedimentales deben adecuar su contenido histórico a la realidad normativa y fáctica que viene a trastocar un sistema basado en un expediente físico a las nuevas imposiciones de la informática y sus regulaciones.

En definitiva, todo expediente administrativo de selección del contratista estatal debe seguir tanto los principios propios del procedimiento especial como los de todo procedimiento administrativo. Ello, tanto se efectúe el procedimiento regla – Licitación Pública–, como los procedimientos de excepción.

III.8. Corolario

Hasta aquí, hemos visto los principios en su dimensión teórica, y sin efectuar un análisis entre las tensiones existentes entre ellos. No existe siempre la posibilidad de ponderar todos los principios enumerados en el artículo 3 de igual manera.

En primera medida, en muchas ocasiones, la ponderación de un principio lleva necesariamente a la de otro. Así, si el Estado dispusiera libremente de recursos para otorgarlos discrecionalmente, seleccionando a su solo gusto el contratista, no sólo iría en contra de la normativa vigente –principio de legalidad o juricidad–, sino también vulneraría el principio de igualdad, eligiendo a un oferente por sobre otro sin haberlos hecho competir en condiciones de igualdad.

En cuanto a la transparencia, una de las formas de garantizarla es con mayor publicidad. Ello permitirá, al poner la información en mayor cantidad de posibles

oferentes, generar la mayor concurrencia de interesados, la mayor presentación de ofertas, que inevitablemente redundará en un mejor precio, entonces, en mayor eficiencia. Es por esto que, *a priori*, es allí en donde se advierte la razonabilidad de que la normativa haya establecido a la Licitación Pública como regla.

Ahora bien, ¿es siempre la Licitación Pública el procedimiento que expone los principios de mejor modo? ¿Qué pasa con procedimientos de Licitación Pública prolongados, o, cuando se pretende obtener bienes y los posibles oferentes no se presentan, por no soler presentarse en procedimientos licitatorios habitualmente, llevando indefectiblemente a efectuar nuevos procedimientos por contrataciones directamente por licitaciones fracasadas o desiertas?

Es interesante el aporte de DELFIN al respecto, quien, al menos, pone en duda la aceptada valoración como “vaca sagrada” de la Licitación Pública. Ciertamente, y a modo de exponer algunos ejemplos, parecería, *a priori*, que si el costo del procedimiento es similar al bien que se va a adquirir, el procedimiento se torna altamente ineficiente.

En otro orden de ideas, para eso existen procedimientos alternativos. Esto es porque los principios no siempre se interrelacionan de la misma manera. Si ya sabemos que existe un único oferente para el bien que buscamos, tampoco tendrá sentido invitar un número indeterminado de postulantes, puesto que el resultado nos conducirá a ese único.

Estos son, entre otras, las razones que entendemos acá que permiten empezar a discutir si siempre la Licitación Pública es la mejor opción, o, siguiendo el artículo 10 del Decreto 1030/16¹⁵⁷, el cual manifiesta que: “No obstante la regla general¹⁵⁸, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1° del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus

¹⁵⁷ Salvedad ya efectuada en el artículo 15 del Decreto 893/12.

¹⁵⁸ Se refiere a la Licitación Pública.

modificaciones y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos”. Al respecto, DELFÍN se (nos) pregunta: “... teniendo en cuenta este principio, y la directiva de satisfacer el interés público bajo el procedimiento más adecuado, estamos ante la disyuntiva de instrumentar o no un procedimiento licitatorio, que si bien respeta los principios de las contrataciones públicas, deja en evidencia ciertos déficits en el procedimiento que ponen en cuestionamiento su eficiencia y eficacia para satisfacer la necesidad pública de forma oportuna”. Quizás lo que nos debemos preguntar es si la Licitación Pública permite una solución adecuada para este tipo de procedimientos.

Al adentrarnos en el análisis en materia práctica sobre la utilización de los distintos procedimientos, nos induciría a pensar que, como regla en la materia, un alto porcentaje de los procedimientos se efectúan conforme el procedimiento de Licitación Pública. Sin embargo, los hechos nos demuestran que no es así. Es entonces que podemos verificar varios trabajos que demuestran que el número de licitaciones es reducido en la práctica. GARCÍA SANZ, por ejemplo, nos comenta, en base a datos del 2003, que: “Tomando como base de medición 360 procedimientos en curso al 14 de octubre de 2003, 174 eran contrataciones directas, alcanzando un 48,3% del total”¹⁵⁹, priorizándose otros procedimientos. En estos casos, se debe entonces verificar si las excepciones utilizadas lo fueron conforme a derecho.

¹⁵⁹ GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. VII, *El Derecho Administrativo en la Práctica*, Cap. I, p. 19.

IV. EXCEPCIONES A LA REGLA – LOS PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS

IV.1. Contratación Directa. Excepciones taxativamente establecidas en el artículo 25.d) del Decreto 1023/01

Antes de adentrarnos en este apartado, debemos reflexionar lo siguiente: optar por un procedimiento alternativo a la regla *exige duplicar esfuerzos en fundar el acto administrativo que lo aprueba*. La elección del procedimiento administrativo de excepción no debe tener fisuras, puesto que, de no ser así, torna nulo todo lo actuado. Al respecto, no es ocioso recordar dos fallos que evidencian esta situación compleja.

Así, en el fallo “Warning”¹⁶⁰, se efectúa una contratación directa por existir montos inciertos en virtud de ser una autorización para ser su gestor comercial, buscando obtener auspiciantes y publicidad. La mera decisión de efectuar una contratación directa –procedimiento de excepción– eludiendo la Licitación Pública. Ante ello, el fallo nos recuerda que es el procedimiento regla quien cumple mejor los preceptos constitucionales –entre ellos el artículo 16–. El voto del Dr. USLENGHI sostiene que: “Esta garantía –el derecho a la igualdad– obliga al Estado a publicitar su intención de contratar, de manera tal que todas aquellas personas que se consideren idóneas puedan ofertar en dicha contratación y no discriminar de antemano contratando con una persona determinada, sin aviso previo al resto de los eventuales interesados”¹⁶¹.

Por su parte, el citado fallo “OCA”¹⁶² resume en sus considerandos 6 y 7 la consecuencia de la inobservancia del procedimiento, y la falta de encuadre y argumentación jurídica del uso de sus excepciones. Así, el considerando 6 sostiene que

.....

¹⁶⁰ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 05/11/2002, “Warning S.A. c. Instituto Nac. de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)”.

¹⁶¹ C. Nac. Cont. Adm. Fed., 05/11/2002, “Warning S.A. c. Instituto Nac. de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)”, voto del Dr. Uslenghi, considerando c).

¹⁶² CSJN, 17/02/1998, “S.A. Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado (S.1713. XXXII.R.H.)”, La Ley Online, Cita Fallos Corte: 321:174, cita online: AR/JUR/4971/1998.

“... en razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público, para lo cual debe acudir a las normas sobre contrataciones que regían en la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, contenidas en las leyes nacionales de obra pública 13.064, de contabilidad (Decreto Ley 23.354/56 y su Decreto Reglamentario 5720/72), aplicables en razón de lo dispuesto por la ordenanza municipal 31.655. Los artículos 9 de la Ley 13.064 y 55 del Decreto Ley 23.354/56 exigían que las contrataciones de la comuna se hicieran por Licitación Pública; y admitían, sólo en forma excepcional, la licitación privada y la contratación directa en determinados supuestos, entre los cuales no resulta de las actuaciones que se encuentren los que motivan este proceso (confr. en el mismo sentido causa M.265.XXXIII cit.)”

Acto seguido, el considerando 7 sostiene que:

“... la actora no ha invocado ni probado la observancia de estas disposiciones, y la existencia de normas en el orden municipal que permitían la contratación directa en determinados supuestos (v. gr. el Decreto 725/90) no sirve, en el caso, para justificar la excepción a la regla de la selección por medio de la Licitación Pública. En efecto, si bien aquellas posibilitaron que, en situaciones de emergencia, se pudiera contratar bajo modalidades distintas, para que tal proceder fuera válido, ello debía justificarse mediante los informes pertinentes y con una adecuada motivación de los actos administrativos que determinarían la aplicación del régimen excepcional, acreditando la real existencia de las circunstancias de emergencia”.

El inciso d) del artículo 25 del Decreto 1023/01 es el que fija expresamente las excepciones de Contratación Directa. Por su parte, y se verán posteriormente, existen excepciones a la Licitación Pública que no surgen del citado artículo sino de otros apartados de la norma o de la propia práctica, y fueron luego analizadas y desarrolladas en doctrina y jurisprudencia.

IV.1.1. Por límite de monto

La reglamentación va modificando los montos específicos de los procedimientos de selección que pueden efectuarse por Contratación Directa. Recordemos que el artículo 10 del Decreto 1030/16 sostiene que: “En virtud de la regla general

consagrada en el artículo 24 del Decreto Delegado 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, los procedimientos de Licitación Pública o concurso público, se podrán aplicar válidamente *cualquiera fuere el monto presunto del contrato* y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes” (el resaltado es propio).

Al respecto, esa frase pareciera invalidar todo tipo de contratación por fuera de la regla. Aunque, y en parte contradiciendo lo aquí expuesto, el artículo 15 del propio Decreto sostiene: “A los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 1 del Decreto Delegado 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, será suficiente que el monto presunto del contrato no supere el máximo fijado para tal tipo de procedimiento en la escala aprobada por el artículo 27 del presente reglamento”. Dicho artículo establece que el presente procedimiento puede efectuarse hasta mil trescientos (1.300) módulos¹⁶³. Ahora bien, la frase que cierra el círculo nos retrotrae al artículo 10, el cual sostiene que: “No obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1 del Decreto Delegado 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos”.

Entonces, ¿cumpliría con los principios de economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de recursos un procedimiento de Licitación Pública para adquirir un bien de menor cuantía? Dicho de otra manera, es factible que el costo del procedimiento, si así pudiéramos medirlo en término de horas hombre, alquiler de las oficinas donde se desarrolla, más su costo en materia de servicios públicos, insumos, etc., pudiera superar al del bien en sí.

¹⁶³ Dicho módulo en 2016 fue de \$ 1.000, conforme artículo 28 del Decreto 1030/16. “Artículo 28.- VALOR DEL MÓDULO. A los efectos de lo dispuesto en el presente reglamento, el valor del módulo (M) será de PESOS UN MIL (\$ 1.000)”.

En suma, entendemos que sólo invocando el monto alcanza para apartarse de la norma. Por supuesto que no es factible dicha elección en el caso de monto indeterminado, Así, recordemos que el fallo “Warning” –ante monto indeterminado–, no admite la excepción señalada.

No comparten lo expuesto los Dres. DIANA y ERBIN, en su comentario al artículo 25, ya que entienden que se “... reserva la contratación directa para los casos en que no fuere posible aplicar otro procedimiento [...]. Es decir que el Decreto 1023/01 solicita que se conjuguen en el caso la de la situación de fondo y de monto para habilitar a este procedimiento excepcional, y no sólo de monto”¹⁶⁴. No es sencillo imaginar un ejemplo que pase dicha exigencia. La pregunta, en el caso, sería cuál otro fundamento debe esgrimirse, porque, justamente, que el monto sea menor es la única nota distintiva. Caso contrario –el deber de agregar fundamentación– impediría utilizar este procedimiento más económico y de menores plazos.

En muchas oportunidades, el procedimiento de contratación directa por monto se utiliza frecuentemente para eludir una licitación. Así, se disfraza un procedimiento que debió efectuarse en una sola oportunidad, en sucesivos procedimientos, lo que en la legislación se denomina desdoblamiento. Así, conforme artículo 30 del Decreto 1030/16: “No se podrá fraccionar un procedimiento de selección con la finalidad de eludir la aplicación de los montos máximos fijados en el presente reglamento para encuadrarlos o de las competencias para autorizar o aprobar los procedimientos de selección”.

¹⁶⁴ DIANA, NICOLÁS y ERBIN, JUAN, comentario al artículo 25 en REJTMAN FARAH (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 256.

IV.1.2. Por especialidad

La contratación directa por especialidad se permite cuando existe un único proveedor que pueda prestar el servicio o dar el bien. Esta especialidad se puede dar por razones científicas, técnicas o artísticas. La Procuración ha marcado el carácter restrictivo del criterio de especialidad. Al respecto exige respecto de la especialidad que “... se compruebe la capacidad técnica, científica, o artística del contratado para que la causal sea admisible, pues la interpretación de las excepciones al requisito de la Licitación Pública debe ser estricta y considerarse limitada por los fines que la ley persigue al establecerla con carácter general”¹⁶⁵. Es entonces que se han admitido casos de especialidad en artistas –músicos, escultores–, pero también se ha utilizado para deportistas, por ejemplo.

El principal inconveniente de las licitaciones en cuestión es que, al no haber compulsa de precios entre distintos oferentes, no se sabe si el precio que se está erogando para dicha contratación es o no razonable. En numerosos casos, ante festivales que implican montos importantes, cuesta justificar las decisiones efectuadas y los montos abonados, sobre todo teniendo en cuenta que es común la utilización en municipios.

Quizás podrían reducirse drásticamente las decisiones discrecionales en la materia si hubiera topes, un tarifario relacionado con algún valor objetivo. No obstante, no se ha avanzado en este sentido.

A modo de ejemplo, se encuentra el caso de las contrataciones efectuadas por el Gobierno de la Ciudad a deportistas para dar clínicas en barrios vulnerables¹⁶⁶. O bien, un contrato artístico en Corrientes¹⁶⁷.

.....

¹⁶⁵ Dictamen: 113:221; 122:255.

¹⁶⁶ <http://www.lapoliticaonline.com/nota/77067>

¹⁶⁷ https://www.clarin.com/politica/sabbatella-afsca-victor_heredia-ey_de_medios_0_HkzY9HMiv7x.html

IV.1.3. Por exclusividad

Son las contrataciones por exclusividad aquellas en las cuales la Administración sabe que existe un único proveedor del bien o servicio. Muchas veces juega un rol determinante en estos casos el administrado, en la medida en que él es quien documenta la exclusividad. En definitiva, estamos ante la imposibilidad jurídica de, aunque se presenten ofertas, seleccionar a otros proveedores. La exclusividad entonces en muchas ocasiones no es material sino jurídica. Por ejemplo, poseer licencia exclusiva en una zona sobre un producto determinado. Así, el artículo 17 del Decreto 1030/16 sostiene que: “El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá acreditarse mediante la documentación que compruebe dicha exclusividad”.

A la hora de analizar este tipo de contrataciones, BELTRÁN¹⁶⁸, por ejemplo, detecta que aun con procedimientos de Licitación Pública –porque en teoría hay más de un proveedor posible de un servicio, por ejemplo, informático–, muchas veces entre los propios proveedores, al reconocerse licencias prioritarias según su zona, fingen una licitación con preacuerdos de ofertas *a perder*, dejando la cancha libre al ganador pautado.

Quizás, en estos casos, hubiera sido mejor conocer el derecho de exclusividad sobre esa cuota del mercado que poseía el proveedor, ahorrándose la Administración los costos de efectuar un procedimiento que ya de antemano está resuelto.

En todo caso, lo que es menester saber –y mejor de antemano–, es si el administrado presenta documentación o información suficiente para hacerse valer como proveedor exclusivo.

.....
¹⁶⁸ BELTRAN, FACUNDO, “Consideraciones sobre prácticas anticompetitivas y el Decreto N° 893/2012: el problema de los “partners” en las contrataciones públicas” Revista Rap N° 411, Sección Doctrina, p. 67.

IV.1.4. Por Licitación Fracasada o Desierta. Requisitos

A la hora de definir ambos términos, los que se suelen agrupar, podemos citar al Dictamen ONC 786/11, que establece que:

“... una contratación resulta desierta cuando no se reciben propuestas (conf. Dictámenes PTN 89:106, 97:395, 103:3, entre otros). Por su parte, una licitación o concurso pueden ser declarados fracasados si las ofertas presentadas son inadmisibles o inconvenientes. Las ofertas inadmisibles son aquellas que no se ajustan a las cláusulas que integran las bases y condiciones de la contratación y las ofertas inconvenientes son aquellas que, no obstante ajustarse al pliego, no cumplen con las expectativas de la Administración por razones de precio, financiación u otras circunstancias económicas”.

En estos casos, conforme normativa, recién el tercer procedimiento es el de contratación directa. El segundo llamado debe ser de Licitación Pública, pudiendo, en caso de entender que la licitación no ha sido exitosa por deficiencias en el pliego, modificarlo. La contratación directa permitirá, en su caso, resolver de forma más ágil la necesidad no resuelta. Ahora bien, la opción lógica de un tercer procedimiento de contratación directa sólo nos permite simplificar el procedimiento –que ya de por sí ha de ser largo hasta allí, puesto que, aun necesitándose el bien, no se ha podido acceder a él–. En definitiva, quizás habría que pensar en llegar a la Contratación Directa en segunda instancia, y no en la tercera. Lo cierto es que nada nos garantiza en ese tercer procedimiento llegar a un éxito que no hemos tenido ni en nuestra primera ni en nuestra segunda experiencia. Quizás podemos pensar en otro tipo de respuestas más efectivas al problema, como mejorar los cambios que nos permite el segundo llamado.

IV.1.5. Urgencia y emergencia

La urgencia y/o la emergencia deben ser estrictamente fundadas, y, en su caso, acreditadas. No basta con enunciarlas, porque recordemos que es un mecanismo muy habitual para eludir el trámite reglado. Es la propia Administración, entonces, la que determina, en una primera instancia, la situación de emergencia que permite no proceder por vía de la Licitación Pública.

Por ejemplo, el Dictamen PTN 236:695 parece claro en que existe urgencia. Al respecto, se requieren efectuar contrataciones para llevar adelante la Campaña Nacional de Vacunación Antigripal, la que "... debe iniciarse, para su eficacia desde el punto de vista epidemiológico a comienzo de otoño, toda vez que el inicio tardío de la vacunación puede representar un sustancial aumento de la morbimortalidad de la población beneficiaria, por tratarse ésta de un grupo de altísimo riesgo". No parece tan claro el Dictamen PTN 1/06, que habilita a la Administración General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a ofertar la compra directa de un inmueble, perteneciente a una entidad concursada, a fin de trasladar a él la Morgue Judicial. No pareciera, *a priori*, un caso para encuadrar el caso en este apartado, o al menos quedan dudas.

DIANA y ERBIN¹⁶⁹, basándose en Dictámenes de la PTN, sostienen que "el requisito de la urgencia debe ir plenamente acreditado mediante estudios técnicos, objetivos, previos, y serios que califiquen como cierta ya que de modo alguno puede quedar librado al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma reglamentaria impuesta en defensa del interés del Estado".

El artículo 19 del Decreto 1030/16, dándole más certeza a los conceptos, los define en párrafos sucesivos. Así: "Serán razones de urgencia las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales de la jurisdicción o entidad contratante". Por su parte: "Se entenderá por casos de emergencia: los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o funciones esenciales del Estado Nacional".

.....

¹⁶⁹ DIANA, NICOLÁS y ERBIN, op. cit., p. 264.

El problema que evidenciamos en la práctica, en definitiva, es la –a nuestro criterio amplia– utilización en algunos momentos de nuestra historia para incluir en esta excepción casos que debieron preverse.

IV.1.6. Secretas

Las contrataciones secretas son, quizás, las que más colisionan con los principios enumerados en el artículo 3 del Decreto 1023/01, y, por qué no, con los principios constitucionales, como es la publicidad de actos de gobierno establecido en el sistema republicano de gobierno. SOTELO DE ANDREU¹⁷⁰ avala esta idea, basándose en normativa internacional sobre acceso a la información, transparencia, etc.

Como ejemplo tenemos el Decreto 1229/01, que declara secreta la contratación directa del servicio de mantenimiento y operación del sistema de seguridad instalado en la Casa de Gobierno. La elección de este procedimiento se restringe estrictamente a fines tales como *la seguridad nacional*, la subsistencia del país.

Como fue expuesto, debemos ser absolutamente restrictivos en la aplicación de este inciso, en virtud de su clara contradicción a todos los principios. Una buena prueba de ello es el fallo “Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado (OCA c/SIDE)”, en el cual se entiende que la excepción se reduce a lo estrictamente indispensable. Al respecto, el considerando 8 sostiene que:

“... todo supuesto de exención de subasta pública obliga con mayor razón a justificar en las actuaciones la relación entre el precio de los bienes y servicios contratados y los de plaza, y a explicar, en su caso, por qué aquél difiere de éstos; según lo establecido con carácter general en los apartados c), d) y e) del inciso 30 de la reglamentación del artículo 61 de la ley de contabilidad, aprobada por el Decreto 5720 de 1972. Tanto más si la contratación directa se funda en la necesidad de mantener la reserva sobre determinadas operaciones

¹⁷⁰ SOTELO DE ANDREU, MIRTA, “Las contrataciones reservadas”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos. En homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 17, 18 y 19 de mayo de 2006, p. 79 y ss.

del gobierno, ya que el secreto sólo rige respecto de ciertos actos en la medida estrictamente indispensable para garantizar su finalidad, pero en modo alguno significa instituir un ámbito de la actividad administrativa al margen de la legalidad y del correlativo deber de dar cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales se decide y de observar exclusivamente los fines para los que fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas, la de contratar; pues aunque en principio pueda resultar indiferente a la ley el modo como los particulares arreglan sus propios negocios, no lo es la manera en que los funcionarios administran los asuntos públicos”.

IV.1.7. Reparación de maquinarias

Es interesante analizar la practicidad de esta excepción. La reparación de maquinarias requiere, muchas veces, un desarme para analizar el verdadero problema y el costo de la eventual reparación. Esto, además de tiempo de la máquina en cuestión detenida, demanda un costo de la labor de quien desarma para diagnosticar y presupuestar. Si esto, por ejemplo, se efectúa varias veces –por cada posible oferente–, encarece notablemente el costo del procedimiento¹⁷¹.

Al respecto, el artículo 21 del Decreto 1030/16 sostiene que “... se deberá acreditar que es imprescindible el desarme, traslado o examen previo, para determinar la reparación necesaria. Asimismo, también deberá probarse que la elección de otro procedimiento de selección resultaría más oneroso para la jurisdicción o entidad contratante”.

Entonces, el acto administrativo que apruebe la presente contratación requiere necesariamente un informe técnico que permita el presente encuadre. El Dictamen JG 981/12 establece los siguientes requisitos: “A. Que se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos, o motores. B. Que el desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria. C. Que para el organismo contratante resultare más oneroso otro procedimiento de contratación. D.

.....
¹⁷¹ Recordemos que el principio de eficiencia nos conduce a una solución contraria.

Que no se trate de reparaciones comunes de dichos elementos". Es en estos parámetros que debe analizarse la procedencia de la excepción.

IV.1.8. Contratos interadministrativos

Esta es, quizás, una de las excepciones más interesantes de abordar, porque al no tener prácticamente litigiosidad judicial no ha tenido desarrollo jurisprudencial. Y tampoco, por cierto, han sido abordadas por la doctrina algunas cuestiones centrales.

No obstante, hace años que viene revisándose en doctrina. Ya en el célebre artículo de COMADIRA y WINKLER¹⁷² se analizaban las notas típicas, según los autores, de este tipo contractual, la cual sintetizamos en:

- a. Ausencia de régimen exorbitante, dado que ambas entidades son estatales
- b. Libre elección

La presente excepción a la regla de la licitación en materia de selección de un contratante que también pertenece al sector público —en sus diversas variantes, nacional, provincial, etc.— debe estar sujeto a ciertas pautas: que el contratista elegido tenga entre sus objetos la prestación del bien o servicio requerido, evitando la subcontratación. Ahora bien, ni el Decreto 1023/01, ni el 1030/16, establece qué procedimiento seguir si hay más de un oferente en condiciones de ofertar el bien o servicio que se requiere. ¿Cómo compararlas? ¿A cuál elegir? ¿La libre elección planteada por los autores no tiene límites?

Por otro lado, ¿cuál es el monto razonable que debe abonarse por el contrato? ¿Debe compararse con el sector privado? Esto es, ¿contratar directamente con una

.....
¹⁷² COMADIRA, JULIO y WINKLER, DORA PAULA, "Las contrataciones interadministrativas y el principio de libre elección", ED T 119-836,1982.

repartición pública exige de analizar los principios establecidos en el artículo 3 economía y eficiencia? Retomando lo expuesto, si existen dos oferentes públicos del servicio, debe atenderse al principio de concurrencia, convocando a las dos partes a realizar ofertas, y al de transparencia para justificar y fundar a quién se ha elegido, entre otros.

Al respecto, nada de estas previsiones se encuentran en la reglamentación. ROCHA PEREYRA¹⁷³, en su momento, entendió que la “... utilización de este procedimiento introdujo factores distorsivos en la formación de los precios y, en muchos casos, alentó la perpetuación de los monopolios. Todo ello confluó para incentivar contrataciones públicas costosas e ineficientes”. Por eso, entiende que el autor que “... su vigencia colisionaría con los principios de eficiencia, concurrencia, transparencia y libre competencia que deben estar presentes en toda contratación pública y que expresamente consagra el nuevo Régimen de Contratación de la Administración Nacional”.

No deben dejar de destacarse los Decretos 1187/12, 1188/12 y 1189/12, por lo cual se obliga a las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional a pagar sus haberes por el Banco Nación, adquirir los automotores destinados al cumplimiento de sus objetivos institucionales mediante contratos de *leasing* con Nación Leasing S.A., y contratar con YPF Sociedad Anónima la provisión de combustible y lubricantes para la flota de automotores, embarcaciones y aeronaves oficiales. Al respecto, KODELIA sostiene que: “No está mal que el Estado prefiera comprarse a sí mismo, generando un circuito virtuoso del cual surja garantizado un nivel de demanda apto para el desarrollo de actividades industriales que el estado decidió asumir”¹⁷⁴.

.....

¹⁷³ ROCHA PEREYRA, GERÓNIMO, “El decreto 204/2004. Un posible retroceso en la contratación pública”, SJA, 1/9/2004; JA, 2004-III-1288.

¹⁷⁴ KODELIA, GONZALO, “Primeras aplicaciones del nuevo reglamento del régimen de contrataciones de la Administración Nacional: Riesgos y Potencialidades”, en Estudios de Derecho Público, 1ª ed., 2013, p. 779.

Entendemos que existe un vacío importante que contemple las cuestiones aquí planteadas. Respecto de las universidades nacionales, la cuestión es similar. Si bien estamos ante una clasificación especial de contrataciones interadministrativas, las cuestiones son las mismas: ¿cómo elegir entre más de una universidad que pueda prestarnos el servicio? En ambos casos –interadministrativos en general y en particular las universidades–, está prohibida la subcontratación. Ello porque, claro está, sería la forma de eludir un procedimiento simulando utilizar otro –aunque en realidad es sólo en apariencia–. Al respecto, el Dictamen 4/13 establece que:

“En última instancia, la *ratio iuris* de la prohibición de subcontratar es evitar la triangulación entre el organismo que procura satisfacer una necesidad pública de un modo eficiente y al menor costo posible, el contratante intermediario y la persona física o jurídica en los hechos termina proveyendo los bienes o prestando los servicios de que se trate. Entre otros efectos disvaliosos, la circunstancia descrita en el párrafo anterior conllevaría –de no existir la correspondiente interdicción– a que el Estado termine pagando más caro los bienes y servicios adquiridos a través de los intermediarios”.

IV.1.9. Compra o Locación de Inmuebles. Un procedimiento atípico no desarrollado debidamente

En la normativa nacional se establece que la compra de inmuebles se efectuará por Subasta Pública, conforme artículo 25, inciso b). Aunque luego el propio artículo dice, acto seguido: “Este procedimiento será aplicado preferentemente al de contratación directa previsto por el apartado 2) del inciso d) de este artículo, en los casos en que la subasta fuere viable, en las condiciones que fije la reglamentación”.

La cuestión es que dicha reglamentación en detalle no existe, por lo que, lo que suele realizarse en la práctica es una Licitación Pública, en la cual se detallan las condiciones que debe tener el inmueble, a efectos de convocar posibles interesados en vender dicho bien.

Lo cierto es que en la práctica la Administración no logra seducir a un mercado que suele operar en dólares, con reservas y/o señas, con comisiones inmobiliarias,

boletos de compraventa, y otras cuestiones, que presenten ofertas a expedientes administrativos con reglas diferentes, montos en pesos, sin dar reservas o señas, etc. Pero más complejo aún sería comparar dos o más inmuebles con características diferentes. ¿Cómo podríamos elegir entre un inmueble más o menos luminoso, más metros de oficina o baños, más cerca de un medio de transporte o no? Entendemos que es un tema que requiere de mejores reglas, a efectos que la Administración pueda seleccionar bienes inmuebles con mayor transparencia y eficiencia.

IV.1.10. Excepciones por fuera del Decreto 1023/01. Contratos Excluidos, artículo 5, Decreto 1023/01

El armónico juego entre los artículos 4 y 5 del Decreto 1023 nos demuestran que el objetivo del Decreto es que la regla en materia de contratos administrativos es la inclusión en la presente. Es por ello que debe tomarse como taxativa la enumeración del artículo 5 de los Contratos Excluidos.

Al respecto, se puntualiza:

a. *Régimen de empleo público. Contratos de locación de servicios.*

La exclusión del régimen de empleo público no requiere mayor explicación. Lo importante es poder detectar la utilización de los habituales contratos de locación de servicios. Se utiliza este tipo de figura para disfrazar el empleo público, pero, en menos ocasiones, para ocultar contrataciones que deben enmarcarse en el Decreto 1023/01. Al respecto, debe analizarse si se está eludiendo un procedimiento conforme Decreto 1023/01, amparándose en el artículo 9 de la Ley 25.164.

b. *Régimen de Caja Chica.* La gestión de un órgano estatal requiere, en el devenir diario, gestionar la adquisición de numerosos bienes de menor cuantía. Esto debe representar un monto menor dentro del volumen total de compras y contrataciones, y cada compra en sí presenta un monto unitario por facturación dentro del límite de cada reglamentación. Lo

esencial es determinar si no pudo reemplazarse el procedimiento por alguno de los establecidos en el marco del Decreto 1023/01. En este sentido, más dudosos son todos los procedimientos denominados Fondos Permanentes, Fondos Rotatorios, y otros. Los mismos se utilizan en la práctica para reemplazar contrataciones por urgencia o de trámite simplificado. Al respecto, el artículo 3 del Decreto 2380/94, establece que: “La ejecución de gastos mediante Fondos Rotatorios o Cajas Chicas es un procedimiento de excepción; limitado a casos de urgencia que no permitan la tramitación normal del documento de pago; por consiguiente, tanto la clase de gasto como el monto de las asignaciones, responderán a un criterio restrictivo y únicamente podrán ser aplicados a transacciones de contado”. Vale decir que en la práctica todas las compras de menor cuantía se terminan ejecutando por Caja Chica. En cuanto al Fondo Rotatorio, el artículo 5 del citado Decreto establece que: “Los Fondos Rotatorios podrán crearse por importes que no superen el 3% de la sumatoria de los créditos presupuestarios originales para cada ejercicio, de los conceptos autorizados en el artículo 7 del presente Decreto”. Por lo que, si bien el administrador se ve tentado de utilizar este procedimiento en reemplazo de los contemplados por el Decreto 1023/01, tiene un límite concreto en cuanto al porcentaje a gastar por esta vía¹⁷⁵.

IV.1.11. Legítimo Abono

El último procedimiento por fuera de la regla es aquel que aprueba un pago con posterioridad a la prestación del servicio o la entrega del bien, sin existir, claro, un procedimiento aprobado. Diversos regímenes locales buscan darle cierta lógica a este

¹⁷⁵ Diana, Nicolás y Erbin, op. cit., ps. 72 y 73.

esquema, pero lo cierto es que todo pago aprobado por este régimen constituye la excepción más grosera. Al respecto, es interesante recordar el fallo “Satecna”¹⁷⁶.

Allí, a modo de resumen, se establece que si efectivamente la actora prestó un servicio en favor de la Administración, no puede empobrecerse por dicho servicio, pero tampoco obtener el lucro que hubiera obtenido de celebrarse un contrato administrativo conforme normativa. En definitiva, procede el instituto del enriquecimiento sin causa. Ideas similares se proyectan en el fallo “Cardiocrp”¹⁷⁷, y en el citado fallo “Ing. Omega”.

En todos se reitera la idea que, al no existir autonomía de la voluntad para la Administración, aquellos servicios prestados por fuera de ese procedimiento dan, como máximo, derecho a resarcir el empobrecimiento del particular al nivel del enriquecimiento del Estado.

Ahora bien, en casos en los que queda claro que con la prestación de un administrado la Administración se ha enriquecido, debe reconocerle ese bien o servicio en la medida del enriquecimiento de la Administración y del empobrecimiento del administrado, pero no más que ello. Procesalmente debe pedirse dicho resarcimiento, condición necesaria para que proceda. Lo cierto es que es la excepción más alejada normativamente, mas no por ello es algo que no deja de ocurrir con bastante habitualidad¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 09/04/1991, “SATECNA c. Estado nacional --Ministerio de Obras y Serv. Públicos”, LA LEY 1992-B, 5 – DJ 1992-1, 750 – ED 147, 316.

¹⁷⁷ CSJN, 27/12/2006, “Cardiocrp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, LL, 2007-D, 221 con nota de Ernesto N. Bustelo, ED, 222, 229, JA 2007-IV, 92. Cita Fallos Corte: 329:5976. Cita online: AR/JUR/8852/2006.

¹⁷⁸ Para ampliar ver MOHABED, SERGIO, en comentario al artículo 24 en REJTMAN FARAH (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 245.

HERRERA DE VILLAVICENCIO¹⁷⁹ resume las condiciones que debe tener el instituto del enriquecimiento sin causa: a) Enriquecimiento del demandado (la Administración); b) Empobrecimiento del actor (la contratista); c) Correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; d) Ausencia de causa jurídica; e) Subsidiariedad de la acción –esto es, primero puede reclamarse el cumplimiento del supuesto contrato, pero, sí o sí, debe ser reclamado judicialmente–.

IV.1.12. Conclusión

Hemos querido realizar una síntesis detallada de los numerosos caminos de excepción del procedimiento regla –Licitación Pública– en materia de Selección del Contratista Estatal, poniendo en evidencia su viabilidad, las observaciones que merece, y, al mismo tiempo, su frecuente utilización. Es claro que nos debemos un debate en la presente materia.

V. ¿CÓMO FUNCIONA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL?

Cuando se inicia el procedimiento administrativo de selección del contratista estatal, como fue dicho previamente, se genera una instancia de colaboración para la consecución de fines públicos. Como ya fue dicho, sólo con la colaboración y participación de ambos sectores –público y privado– se concretiza el procedimiento, esto es, se materializa el bien común obteniendo el bien o servicio.

El citado procedimiento consiste, resumidamente, y sin ánimo del desarrollo posterior que cada etapa merece, en:

- La definición del bien o servicio.
- Las invitaciones y publicación en sitios web oficiales y otros medios de difusión a posibles oferentes que puedan proveernos el bien o servicio

¹⁷⁹ HERRERA DE VILLAVICENCIO, BLANCA, “El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos”, Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos, N° 347, p. 108 y ss.

- La presentación (oferta), cumpliendo una serie de requisitos legales, ofreciendo exactamente lo que el Estado está demandando
- La preadjudicación y posterior adjudicación del procedimiento

En palabras de ISMAEL MATA: “La selección [del contratista], desde el punto de vista procesal, constituye un procedimiento voluntario de cognoscitivo, en el que hay en juego intereses públicos y privados y aun intereses contrapuestos –los de oferentes entre sí–...”¹⁸⁰.

Es, en definitiva, “... un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público o a cualquier empresa inscripta en un registro creado al efecto, cuando tal sistema de control existe”¹⁸¹.

V.1. Definición del bien o servicio

El momento de elegir el bien o servicio no es precisamente un evento menor ni mucho menos.

Si bien muchas organizaciones administrativas repiten año tras año los bienes y servicios que adquieren –limpieza, mantenimiento de equipos, seguridad, útiles de oficina–, también existen casos en los cuales una definición muy restrictiva de la presentación de ofertas, como se verá, determina de antemano quién está en condiciones de ganar.

A los bienes y servicios que se requieren, podemos dividirlos en diversos grupos:

- a) Por un lado, tenemos un grupo de bienes absolutamente estandarizables.

Sin ánimo de agotarlos en este enunciado, podemos citar que son aquellos en

.....
¹⁸⁰ MATA, ISMAEL, “Ensayos de Derecho Administrativo”, Ediciones RAP, 1ª ed., 2009, p.386.

¹⁸¹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, *La Defensa del Usuario y el Administrado*, Cap. XII, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, p. 6.

los cuales no existe ninguna duda –ni interpretación diferente posible– de lo que se está requiriendo. A modo de ejemplo, podemos nombrar a las resmas, los útiles, los productos de limpieza, etc. En estos casos, se aplica cabalmente lo establecido en el artículo 25, a) del Decreto 1023/01, en donde “... el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos”. Es en este tipo de procedimientos en los cuales el Catálogo de Bienes de la Oficina Nacional de Contrataciones, creado por la Decisión Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros 344/97¹⁸², cumple un rol esencial. El mismo está basado en el clasificador presupuestario del gasto. En estos casos, determinado el bien del catálogo, se procede a seleccionar a la oferta más económica, sin más trámite que revisar el cumplimiento de los requisitos legales.

Por otro lado, servicios en los cuales se establecen pautas de realización, y si bien hay pequeñas diferencias en la calidad del servicio, porque cada persona es diferente y ello generará variaciones menores en la calidad de la prestación, al establecerse en los pliegos requisitos en materia de horarios, superficies o equipos donde debe efectuarse el servicio, productos a utilizarse, etc., que, estandarizados, reducen las diferencias entre una prestación y la otra. Estos, entre otros, son los casos de mantenimiento edilicio o de maquinaria, limpieza, seguridad.

b) Otros casos son aquellos en los cuales las propias reglamentaciones de Nación y Ciudad permiten efectuar Contrataciones Directas, en donde se elude la Licitación Pública¹⁸³.

¹⁸² https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Perfiles/PUB/cat_consulta.asp

¹⁸³ Como fue visto en el apartado previo, y a modo de resumen, se reitera que puede elegirse directamente a un proveedor, o bien dentro de un número acotado de posibles oferentes y plazo reducido. Estos casos excepcionales, los cuales deben estar debidamente fundados, se deben a circunstancias de hecho en donde el procedimiento opera de forma similar pero se acortan plazos y cantidad de invitaciones. O bien, circunstancias en las cuales por diversas características se requiere un bien o servicio determinado e insustituible por otro que existe en el mercado, como los casos de especialidad y exclusividad.

Por último, existen casos en los cuales se requiere un bien o servicio que cuesta ser comparado con otro, y que ambos cumplirían o satisfarían el interés público.

En este grupo, se pueden incluir las contrataciones de artistas (donde se hace difícil comparar unos con otros, y todos permiten lograr el objetivo), enmarcados generalmente dentro del inciso de especialidad¹⁸⁴. Ahora bien, tanto la exclusividad como la especialidad evidencian exigencias que no son tan sencillas de fundar en un acto administrativo. Por ello es que dicho encuadre jurídico no está exento de dudas o contradicciones. La especialidad en obras científicas, técnicas o artísticas debería ser a aquellos "... que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva"¹⁸⁵. Ahora bien, respecto de este apartado, se exige en la especialidad que las "obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo". Como fue visto, no es tan sencillo argumentar que no hay más de un sustituto razonable. Esto es, si quiero determinado artista, sólo él podrá ejecutar dicho contrato por sí. Pero ¿quién dice que no puede contratarse un artista de éxito, o prestigio similar? Asimismo, existen inconvenientes para fundar el monto de las contrataciones directas por especialidad.

Por último, se encuentra la compra o alquileres de inmuebles. Este grupo de contrataciones, a pesar de su importante impacto desde lo económico, se realiza prácticamente sin reglamentación adecuada a nivel nacional. Al respecto, el Decreto 1023/01 establece que la compra de inmuebles se efectuará por Subasta Pública, conforme artículo 25, inciso b). Aunque luego el propio artículo, como se verá,

.....
¹⁸⁴ Decreto 1023/01, artículo 25 d), inciso 2.

¹⁸⁵ Decreto 1023/01, artículo 25 d), inciso 2.

establece dudas sobre su obligatoriedad, al hablar de su aplicación preferente al de contratación directa del apartado 2 del inciso d) –especialidad–.

V.2. *¿Cómo definir el bien o servicio que busco?*

V.2.1. *El Pliego*

A la hora de comenzar a proyectar el bien o servicio que se requiere, el Estado diseña el Pliego de Bases y Condiciones particulares que servirá de reglamento para que los posibles postulantes –es decir, ciudadanos interesados en ofrecer el bien o servicio–, puedan efectivamente hacerlo.

Esto es, para demandar dichas ofertas, lo primero que debe hacer la Administración es precisar con exactitud –o lo más posible–, qué tipo de bien o servicio está requiriendo.

En demandas de bienes estandarizados, como dijimos, esto es muy sencillo, y con un buen diseño y actualización de catálogos, se reducen –o en muchos casos–, anulan, las dudas o imprecisiones que pueden existir sobre el bien requerido.

El Pliego de Bases y Condiciones encierra en un mismo instrumento jurídico diferentes cuestiones. Por un lado, es el texto que establece todo requisito o condición que debe tener un posible oferente para poder presentarse. Además, contiene el procedimiento de cómo, de así quererlo, se presenta la oferta.

Según FIORINI y MATA, se establecen en el pliego “... las condiciones que regularán el desenvolvimiento de un procedimiento de selección determinado”¹⁸⁶. Los autores distinguen las bases –las cuales fijan las pautas que regularán la concurrencia, de los de condiciones que “... tienen por misión caracterizar el objeto o la materia de la

.....
¹⁸⁶ FIORINI, BARTOLOMÉ y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública. Selección del Contratista Estatal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972, p.74.

contratación”¹⁸⁷. A decir de CANTERO: “Constituye el conjunto de normas jurídicas y técnicas, previamente establecidas por el Estado, vinculantes para la Administración y los concurrentes, destinados a regir el procedimiento de selección del contratista particular con la finalidad de asegurar la elección de la propuesta más conveniente al interés público comprometido, en un marco de libre concurrencia e igualdad, y el propio contrato al que se incorporarán”¹⁸⁸.

En palabras de GORDILLO, son “... conjuntos de disposiciones reglamentarias de carácter minucioso destinadas a regir la convocatoria y presentación de las propuestas, su evaluación, el contrato y su ejecución”¹⁸⁹. Como bien sostiene HUTCHINSON: “La confección del pliego y de las bases técnicas es un momento sumamente importante que define costos, técnicas, posibilidad o no de adelantos, y, sobre todo, mejor o menor precio. Aquí es donde se acuña y tiene trascendencia la ecuación costo-beneficio-tiempo, tan aplicada en la actualidad y también donde puede aparecer la corrupción”¹⁹⁰. Explica el autor, respecto de lo último aquí expuesto, que se pueden desarrollar acá las contrataciones dirigidas –donde claramente hay uno sólo que puede ganar, o uno con notables ventajas dado que el pliego lo pone en condiciones inmejorables para ser posteriormente adjudicado. Es el “... conjunto de cláusulas, formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferente y cocontratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento)”¹⁹¹.

¹⁸⁷ FIORINI y MATA, op. cit., p. 74. Los autores referencian a MARIENHOFF.

¹⁸⁸ CANTERO, JUAN CARLOS, “Pliego de Bases y Condiciones”, en AA. VV., *CONTRATISTAS DEL ESTADO. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 117.

¹⁸⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, *La Defensa del Usuario y del Administrado*, Cap. XII, p. 24.

¹⁹⁰ HUTCHINSON, TOMÁS, “El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato de la administración”, en AA. VV., *Contratistas del Estado. Procedimiento de Selección*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 33.

¹⁹¹ DROMI, JOSÉ R., *La Licitación Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 194.

V.2.2. Estructura del Pliego

El Pliego suele dividirse en tres partes. Por un lado, se encuentra el Pliego de Bases y Condiciones Generales; luego, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares; y, por último, aunque no siempre necesario, el Pliego de Especificaciones Técnicas.

El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales establece reglas generales para todas las contrataciones. En el ámbito nacional, el mismo se encuentra aprobado a nivel nacional por la Oficina Nacional de Contrataciones, por medio de la Disposición ONC 63/2016¹⁹², entre las cuales se establecen los requisitos de presentación de oferta, modo de efectuarse las notificaciones, garantías, entre otras.

Asimismo, y ya efectuado en el artículo 21 del Pliego Único aprobado en 2014, y reiterado en Anexo al artículo 3 —Disposición ONC 63/2016—, establece los requisitos mínimos que deben contener los Pliegos De Bases Y Condiciones Particulares. Este Anexo, con sus 54 incisos, deja poco margen *de juego* a los pliegos de condiciones particulares, los que, en cada caso, y según el objeto, se determinarán. Dicho de otra manera, acorta en una medida importante la discrecionalidad técnica de la Administración a la hora de aprobar los pliegos de bases y condiciones particulares.

Finalmente, y completando el pliego —en su conjunto—, nos encontramos con el de Pliego de Especificaciones Técnicas, el cual, conforme artículo 37 del Anexo Decreto 1030/16, establece que: “Las especificaciones técnicas de los pliegos de bases y condiciones particulares deberán elaborarse de manera tal que permitan el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de los oferentes y no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las

.....

¹⁹² Publicado en el Boletín Oficial el 27 de septiembre de 2016.

contrataciones públicas”. Para, luego, detallar el bien con algún grado mayor de precisión¹⁹³.

Nótese la doble exigencia del Pliego de Especificaciones Técnicas. Por un lado, requiere que se permita “... el acceso al procedimiento de selección en condiciones de igualdad de los oferentes...”. Esto, como fue visto previamente, hace al principio de igualdad de trato entre todos los administrados. Y, conforme fallo “Robles”, impone el deber de mantener el trato igualitario con posterioridad a la adjudicación, entendiéndose entonces que se le otorgará una ventaja al adjudicatario que se le hubiera dado a cualquier otro. Al respecto, no debemos olvidar, como sostiene GORDILLO, que “... la preparación unilateral y reservada de los pliegos por la Administración, sin previa publicidad ni posibilidad de conocimiento e intervención igualitaria de los futuros posibles oferentes para acercar al debate, en la etapa preparatoria, su mejor conocimiento de la realidad del mercado lleva a frecuentes desconocimientos del medio hacia el cual planea lanzar su pedido de ofertas”¹⁹⁴.

Por su parte, que “... no tengan por efecto la creación de obstáculos injustificados a la competencia en las contrataciones públicas”. Esto es, no establecer reglas que restrinjan la competencia. Concluye el artículo que: “Las especificaciones técnicas deberán ser lo suficientemente precisas para permitir a los oferentes determinar el objeto del contrato y formular una adecuada cotización y para permitir a las jurisdicciones y entidades contratantes evaluar la utilidad de los bienes o servicios ofertados para satisfacer sus necesidades y adjudicar el contrato”.

¹⁹³ Así, continúa el artículo, estableciendo que: “Deberán consignar en forma clara y precisa: a) Las cantidades y características de los bienes o servicios a los que se refiera la prestación, con su número de catálogo correspondiente al Sistema de Identificación de Bienes y Servicios que administre la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o al que en el futuro se dicte. b) Si los elementos deben ser nuevos, usados, reacondicionados o reciclados. c) Las tolerancias aceptables. d) La calidad exigida y, en su caso, las normas de calidad y criterios de sustentabilidad que deberán cumplir los bienes o servicios o satisfacer los proveedores...”

¹⁹⁴ GORDILLO, op. cit, p. 25.

Como fue expuesto, la Decisión Administrativa 344/97 de Jefatura de Gabinete de Ministros establece el Sistema de Identificación de Bienes y Servicios de Utilización Común, el cual detalla un sinnúmero de bienes con sus condiciones técnicas, a un nivel de detalle que permite que tanto la Administración al demandar bienes y servicios, como a los oferentes, manejen con un grado de certeza respecto del objeto.

Es el propio Manual que nos pone de relieve las ventajas de contar con bienes estandarizados en un catálogo:

“Todo proceso de contratación tiene como paso inicial la identificación del objeto a contratar. Esta identificación puede realizarla, dependiendo de la forma de trabajo de la UOC, el personal denominado Unidad Requirente o el Comprador. Los motivos para la correcta identificación del requerimiento son varios. Entre ellos, podemos mencionar: A. Planificar el presupuesto. B. Verificar la ejecución de lo proyectado y de lo ejecutado. C. Identificar los productos o servicios a contratar para dar transparencia al acto contractual desde la etapa inicial en su gestión. D. Informar de manera clara a los proveedores los productos o servicios a contratar. E. Generar una base de precios de referencias a partir de contrataciones históricas de bienes iguales o similares. F. Facilitar a los proveedores el envío de información según los rubros que desea proveer. G. Crear una base de los bienes de uso de la APN al vincularse con otros sistemas de inventario como el SABEN. H. Establecer un lenguaje único para la definición de ítems de manera simple y accesible para todos los usuarios. I. Componer descripciones estándar de cada uno de los elementos de una familia. J. Prevenir la generación de descripciones incompletas de los mismos. K. Permitir la correcta identificación y control de los artículos, posibilitando la racionalización de sus inventarios. L. Posibilitar el tratamiento masivo de las descripciones”¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Fuente: Jefatura de Gabinete de la Nación, Manual de Procedimiento Único de Catalogación, octubre 2011. https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/Manual_catalogacion_ONC_2011.pdf

Como fue expuesto, en el buscador existen numerosas opciones, pero, claro está, no es ilimitado, quedando bienes –como los inmuebles– imposibles de clasificar¹⁹⁶.

Al respecto, FEDERICO NIELSEN entiende que, en cuanto a los pliegos, el principio de razonabilidad “... exige, por ejemplo, que los pliegos sean confeccionados de forma tal que contemplen la amplitud suficiente como para habilitar la participación de la mayor cantidad de oferentes posibles, por ello es contrario al principio que nos ocupa aquel pliego que impone infundadas restricciones para los aspirantes a convertirse en cocontratantes del Estado, independientemente que no llegue a ser un pliego dirigido”¹⁹⁷.

NIELSEN entiende que: “La elaboración eficiente de los pliegos permite que la mayor cantidad de oferentes compita en la etapa de selección del cocontratante, pero a ello debe agregarse, a su vez, que en esta etapa es clave que el pliego tenga cláusulas claras”¹⁹⁸.

Agrega NIELSEN que: “En la Selección del Cocontratante, el principio de razonabilidad, tal como concibo que debe aplicarse en el ámbito de la Administración, exige que se seleccione objetivamente, la oferta más conveniente, no cualquier otra que cumpla con lo requerido en el pliego”¹⁹⁹. Por su parte, la eficiencia “... se hace presente al elegir al más calificado que haya ofertado lo más conveniente para el licitante. Esto significa que deben darse ambas cualidades, calificación del oferente y oferta más conveniente, lo que incluye el precio y la calidad”²⁰⁰.

¹⁹⁶ Como sí es posible en productos estandarizados.

¹⁹⁷ NIELSEN, FEDERICO, “La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones RAP, Jornadas del 17, 18 y 19 de mayo, p. 578.

¹⁹⁸ NIELSEN, FEDERICO, op. cit., p. 585.

¹⁹⁹ NIELSEN, FEDERICO, op. cit., p. 578.

²⁰⁰ NIELSEN, FEDERICO, op. cit., p. 578.

Bien sostiene MAIRAL que: “Las irregularidades en una licitación frecuentemente comienzan con la redacción de los pliegos. Algunas prácticas devinieron típicas y por ello fueron expresamente proscriptas por la normativa: Así, la exigencia de condiciones que sólo puede reunir un oferente determinado”²⁰¹. Sin embargo, continúa el autor, hay formas más sutiles de reducir la concurrencia –plazos demasiado exiguos para preparar una oferta²⁰², requisitos excesivos para descartar oferentes, entre otras–.

No es ocioso destacar que un principio que juega un valor fundamental en la elaboración del pliego es el de igualdad.

V.3. Presentación de la oferta

La oferta, conforme Capítulo VI (artículo 51 y ss.), del Decreto 1030/16, debe presentarse “en el lugar y hasta el día y hora que determine la jurisdicción o entidad contratante en la convocatoria”²⁰³, significando dicha presentación “... el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rijan el procedimiento de selección al que se presente, por lo que no será necesaria la presentación de los pliegos firmados junto con la oferta”²⁰⁴.

Dicha oferta, entonces, no sólo presupone la aceptación y cumplimiento de las exigencias legales, sino también que el bien o servicio que se está ofertando es exactamente el que se solicita. De ser de otra manera, no podrían compararse entre sí.

Al respecto, compartimos la idea que ya expusiera hace años GORDILLO respecto de la primacía de la concurrencia por sobre la igualdad a la hora de evaluar los requisitos de cumplimientos de las ofertas. Así, el autor sostiene que:

.....

²⁰¹ MAIRAL, HÉCTOR, *Las raíces legales de la corrupción*, Buenos Aires, Ediciones RAP S.A., 2007, p. 76.

²⁰² Con lo que se presume, hubo algún futuro oferente que conoció la información con antelación.

²⁰³ Artículo 51.

²⁰⁴ Artículo 52.

“... uno de los conflictos que se solían dar habitualmente entre el principio tradicional de la igualdad formalista a rajatabla, y la finalidad de obtener el mayor número de oferentes para acercarse al precio del mercado y no quedarse con un precio ficticio de unos pocos elegidos, estaba representado por la siguiente fórmula clásica. En inúmeros casos, que todavía se repiten, algunos oferentes tal vez no sabían, no querían o no podían hacer obras o suministros a precios de mercado, pero en cambio eran perfectos e insuperables en el arte de saber hacer y cumplir todos y cada uno de los infinitos papeles y requisitos burocráticos que condicionaban la admisibilidad (id est, validez) de las ofertas”²⁰⁵.

En suma, entendemos que sólo debe descartarse aquella oferta que expresamente incumpla con los requisitos esenciales, y, ante la duda, dar la oferta como admisible.

Así, el artículo 66 del Decreto 1030/16 establece cuáles son las causales de desestimación no subsanables:

“... sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos: a) Si fuera formulada por personas humanas y/o jurídicas que no estuvieran incorporadas en el Sistema de Información de Proveedores a la fecha de comienzo del período de evaluación de las ofertas, o a la fecha de adjudicación en los casos que no se emita el dictamen de evaluación. b) Si fuere formulada por personas humanas o jurídicas no habilitadas para contratar con la Administración Nacional de acuerdo a lo prescripto en el artículo 28 del Decreto Delegado 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, al momento de la apertura de las ofertas o en la etapa de evaluación de aquellas o en la adjudicación. c) Si el oferente fuera inelegible de conformidad con lo establecido en el artículo 68 del presente reglamento. d) Si las muestras no fueran acompañadas en el plazo fijado. e) Si el precio cotizado mereciera la calificación de vil o no serio. f) Si tuviere tachaduras, raspaduras, enmiendas o interlíneas sin salvar en las hojas que contengan la propuesta económica, la descripción del bien o servicio ofrecido, plazo de entrega, o alguna otra parte que hiciere a la esencia del contrato. g) Si estuviera escrita con lápiz o con un

.....
²⁰⁵ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. XI, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2015, Cap VII, p. 727.

medio que permita el borrado y reescritura sin dejar rastros. h) Si contuviera condicionamientos. i) Si contuviera cláusulas en contraposición con las normas que rigen la contratación o que impidieran la exacta comparación con las demás ofertas. j) Cuando contuviera errores u omisiones esenciales. k) Si no se acompañare la garantía de mantenimiento de oferta o la constancia de haberla constituido. En los pliegos de bases y condiciones particulares no se podrán prever otras causales de desestimación no subsanables de ofertas”.

En definitiva, entendemos que toda causa que no se encuentre en este –quizás extenso– listado, merece un plazo razonable para su subsanación. Así lo entiende el artículo 67, que casi como contracara del artículo anterior, sostiene que:

“Cuando proceda la posibilidad de subsanar errores u omisiones se interpretará en todos los casos en el sentido de brindar a la jurisdicción o entidad contratante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles y de evitar que, por cuestiones formales intrascendentes, se vea privada de optar por ofertas serias y convenientes desde el punto de vista del precio y la calidad. La subsanación de deficiencias se posibilitará en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de datos de organismos públicos, o que no afecten el principio de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes. En estos casos las Comisiones Evaluadoras, por sí o a través de la unidad operativa de contrataciones deberán intimar al oferente a que subsane los errores u omisiones dentro del término de TRES (3) días, como mínimo, salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara un plazo mayor. La corrección de errores u omisiones no podrá ser utilizada por el oferente para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás oferentes”.

Finalmente, somos partidarios de admitir, ante la duda, la mayor cantidad de ofertas²⁰⁶.

.....
²⁰⁶ Para ampliar ver CORMICK, MARTÍN, en su comentario al artículo 17 en REJTMAN FARAH (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado.*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 175 y ss.

V.4. La Preadjudicación y la Adjudicación

V.4.1. Preadjudicación. El concepto Oferta más conveniente

El Decreto 1030/16, reglamentario del Decreto 1023/01, establece en su artículo 69 que:

“El criterio de selección para determinar la oferta más conveniente deberá fijarse en el pliego de bases y condiciones particulares, y allí podrá optarse por alguno de los siguientes sistemas o bien por otro que elija la autoridad competente al aprobar el respectivo pliego: a) Adjudicar el contrato al oferente que presente la mejor oferta económica de entre los que hubieran resultado preseleccionados. b) Adjudicar el contrato al oferente que haya alcanzado el mayor puntaje final, sobre la base de la ponderación de los puntajes obtenidos en cada una de las propuestas”.

Al respecto, si bien establece la opción de un sistema alternativo, “... por otro que elija la autoridad...”, establece las dos reglas para determinar la oferta más conveniente. Por lo tanto, se reduce el campo posible de interpretación a, al menos, dos reglas y excepciones especificadas en los pliegos.

Se ha discutido mucho en doctrina sobre si, al existir varias ofertas, el concepto de *oferta más conveniente* nos conduce únicamente a una solución, o, sin embargo, puede dar razonablemente más de una opción.

Así, el histórico artículo de BETRÁN GAMBIER nos habla de la Oferta más conveniente como concepto jurídico indeterminado. En palabras del autor, “... cuando la ley utiliza la expresión oferta más conveniente, la elección de la oferta no habilita el ejercicio de una actividad discrecional, pues estamos en presencia de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, y, por ende, cobran vigencia las ideas expuestas precedentemente”²⁰⁷. El autor explica que para la aplicación correcta del concepto, la

²⁰⁷ GAMBIER, BERTRAN, “El concepto ‘oferta más conveniente’ en el procedimiento licitatorio público. (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial”, p. 7. Disponible en: http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta_mas_conveniente.pdf

Administración los debe ponderar según “criterios de valor o experiencia”²⁰⁸. A criterio del autor, este proceso de aplicación es reglado, puesto que no admite más que una solución justa.

En sentido contrario, o, al menos, esbozando una crítica a este análisis aquí vertido, encontramos a SESÍN. El autor, entonces, sostiene que: “No es recomendable aceptar que para completar los conceptos indeterminados deba acudirse solamente a la libre elección de la Administración por medio de la discrecionalidad; tampoco, admitir que únicamente pueden ser integrados por remisión a juicios objetivos que aseguren una solución justa de validez incuestionable. Lo primero implicaría conseguir una libertad desenfrenada, susceptible de emparentarse con la arbitrariedad. Lo segundo acarrearía la virtual desaparición de la discrecionalidad cuya supervivencia es imprescindible en los Estados Modernos”²⁰⁹. Concluye el autor en párrafos siguientes que debe analizarse cada supuesto real en donde determinar si se admite más de una solución jurídicamente correcta.

Es evidente que los casos en los cuales no se requiere apreciación alguna son aquellos con pliego que determina con exactitud el bien, y allí elegir el de menor precio. Hecho, que, claro está, no ocurre siempre. Si así fuera, sólo hablaríamos de oferta más económica.

Existen numerosos casos en los cuales el precio no es el único factor determinante. Por ejemplo, casos en donde se meritúa la experiencia del oferente, o bien casos en donde existe algún tipo de campo a completarse por la oferta del proponente.

²⁰⁸ GAMBIER, BETRÁN, op. cit., p. 6. El autor se referencia en GARCIA DE ENTRERRIA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades de poder*, Madrid, Ed. Civitas, p. 36-37.

²⁰⁹ SESIN, DOMINGO, “La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos”, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones RAP, Jornadas del 17, 18 y 19 de mayo, p. 127.

Lo que queda claro es que mientras más amplio sea el margen de opinión del funcionario que adjudica, más posibilidades tendremos en sospechar si no se ha adjudicado a la oferta más económica. Es allí donde debe fundarse más aún el dictamen que efectúa la Comisión Evaluadora de Ofertas.

Entendemos, entonces, y a modo de ejemplo, que un buen sistema de puntajes, establecido de antemano, que permita ponderar no sólo el valor del precio sino otras cualidades de las ofertas, reduce de forma notable la discrecionalidad de la decisión.

La función de la Comisión Evaluadora es, entonces, emitir el Dictamen de Evaluación, el cual debe efectuarse en cinco (5) días hábiles²¹⁰, el cual puede ser impugnado dentro de los tres días de su comunicación por los oferentes, y, novedad de la última reglamentación, por otros interesados, aun no siendo oferentes²¹¹. Celebramos esta iniciativa, puesto que fortalece el control de todo el procedimiento. Quizás podría pensarse si, debido a que el particular es un colaborador de la Administración, merece la pena seguir exigiendo la garantía de impugnación del 3% del monto de la oferta²¹². Así, ya hace años ALONSO REGUEIRA y CARDACI MÉNDEZ sostienen que este desaliento económico atenta contra la transparencia que impera en el procedimiento de selección, y, por otro lado, se enfrenta al principio de gratuidad del procedimiento²¹³.

Si bien es cierto que la gratuidad de dicha impugnación puede dilatar irrazonablemente el procedimiento, podemos pensar en que este es un costo menor ante la transparencia que otorga al proceso. Por otro lado, ¿cuál sería el sentido, sino de establecer un plazo previo al acto de adjudicación? Si la presentación carece de

²¹⁰ Artículo 71 del Decreto 1030/16.

²¹¹ Artículo 73 del Decreto 1030/16.

²¹² Conforme artículo 78 del Decreto 1030/16.

²¹³ Ampliar en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE Y CARDACI MÉNDEZ, ARIEL "El fin de las garantías de impugnación", LA LEY, 2007-A, 258. Norma comentada: Dictamen 117/2006 ~ Procuración del Tesoro de la Nación ~ Estado Mayor General de la Armada. Cita Online: AR/DOC/3803/2006.

argumentos sólidos, por su parte, será desestimada rápidamente, por lo que dicha dilación será mínima.

V.4.2. Adjudicación

Finalmente, se procede a dictar el acto administrativo de adjudicación, que, conforme artículo 74 del Decreto 1030/16, "... será notificada al adjudicatario o adjudicatarios y al resto de los oferentes, dentro de los tres (3) días de dictado el acto respectivo. Si se hubieran formulado impugnaciones contra el dictamen de evaluación de las ofertas, éstas serán resueltas en el mismo acto que disponga la adjudicación". Por lo tanto, es el acto el que pondera, estimando o desestimando, las impugnaciones efectuadas.

Cabe preguntarse si corresponde admitir un recurso ante el acto administrativo de adjudicación cuando no se ha impugnado previamente el dictamen de evaluación de ofertas. En principio nada lo impediría, por lo que incluso puede operar como una segunda instancia dentro del procedimiento para cuestionar la decisión.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL DEL ESTADO

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

I. PREMIO*

Para que nazca el contrato será necesario que el órgano competente manifieste su voluntad de contratar. No alcanza con la adjudicación, ese acto administrativo unilateral²¹⁴ que tan sólo constituye la aceptación de la oferta²¹⁵, para el perfeccionamiento del contrato. El artículo 20 del Decreto Delegado 1023/2001²¹⁶

* Otra versión de este trabajo ha sido publicada en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, "Artículo 20. Perfeccionamiento del Contrato", en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE y ARIEL CARDACI MÉNDEZ (coords.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 2013/2001*, 1º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, p. 195 y ss.

²¹⁴ Así es como expresamente lo dispone el artículo 11, inciso f) del Decreto 1023/2001 (cfr. DIANA, NICOLÁS y JUAN ERBIN, "Artículo 11. Formalidades de las Actuaciones", en REJTMAN FARAH, (dir.), ALONSO REGUEIRA y CARDACI MÉNDEZ (coords.), op. cit., p. 114 y ss.).

²¹⁵ PTN, Dictámenes: 170:328; FIORINI, BARTOLOMÉ A. - MATA, ISMAEL, *Licitación pública. Selección del contratista estatal*, 1º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 156. En sentido contrario, se ha dicho que si bien la legislación aplicable puede establecer mayores requisitos para la celebración de ciertos contratos administrativos, la adjudicación constituye "la expresión de voluntad de la Administración Pública mediante la cual ésta integra o complementa su originaria manifestación de voluntad que, al poner de manifiesto su deseo de contratar, determinó el 'llamado a licitación'. Por esto, salvo la existencia de un texto expreso que exija un requisito complementario, la 'adjudicación', una vez notificada al licitador así seleccionado, perfecciona el contrato" (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, T. III-A, 4ª ed., Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1998, ps. 249-250).

El artículo 15 del Decreto 1023/2001 ha establecido los criterios para individualizar la oferta más conveniente en atención al tipo de contratación de que se trate (cfr. CARDACI MÉNDEZ, ARIEL y GUIDO JULIÁN DUBINSKI, "Artículo 15. Criterio de Selección", en REJTMAN FARAH (dir.), ALONSO REGUEIRA y CARDACI MÉNDEZ (coords.), op. cit., p. 158 y ss.).

²¹⁶ Sobre los límites a las facultades reglamentarias y legislativas del Poder Ejecutivo que ha impuesto la Convención Americana de Derechos Humanos, puede verse ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, "Artículo 30. Alcance de las Restricciones", en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección sobre el Derecho Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 535 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>.

exige la notificación de la orden de compra, o bien mediante la firma de un instrumento *ad hoc*²¹⁷.

En este sentido, debe recordarse que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supeditan al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación²¹⁸. Es más, bajo el criterio sentado por la Corte Suprema, es la misma existencia del contrato administrativo la que se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado²¹⁹.

²¹⁷ Para mayores precisiones, cabe remitirse a lo prescripto por los artículos 20 y siguientes de la Ley 13.064 de Obras Públicas; 84 y siguientes del Decreto 436; 96 y siguientes del Decreto 893/2012; 75 y siguientes del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto 1030/2016; 35 y siguientes del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por la Disposición 36-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones y 34 y siguientes del Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por la Disposición 62-E/2016 de la Oficina Nacional de Contrataciones.

No obstante la claridad del artículo 20 del Decreto 1023/2001 al respecto, nuestro Máximo Tribunal, en el caso "Goldstein", dejó abierta la posibilidad de que el mero consentimiento importe, en Derecho Público, el perfeccionamiento del contrato "cuando el Estado, en ejercicio de la función pública, promueve la creación artística y difusión pública de sus expresiones y con tal finalidad convoca a una artista plástica y organiza una muestra de sus obras" (CSJN, 2004, "Goldstein, Mónica v. Santa Cruz, Provincia de s/daños y perjuicios", Fallos: 327:5991).

²¹⁸ CSJN, 1986, "Hotel Internacional Iguazú", Fallos: 308:618; 1993, "Vicente Robles", Fallos: 316:382; 2000, "Más Consultores", Fallos: 323:1515; 2000, "Ingeniería Omega", Fallos: 323:3924; 2003, "Magnarelli, César", Fallos: 326:1280; 2003, "Laser Disc Argentina", Fallos: 326: 3206.

²¹⁹ CSJN, 2000, "Ingeniería Omega", Fallos: 323:3924; 2001, "Carl Chung Ching Kao", Fallos: 324:3019; 2000, "Servicios Empresarios Wallabies", Fallos: 323:1841; 2004, "Indicom", Fallos: 327:84; 2006, "Punte, Roberto Antonio", Fallos: 329:809; 2009, "Sciammarella", Fallos: 332:1651; y 2012, "Lix Klett", Fallos: 335:1385.

En similar sentido, Marienhoff ha entendido que "[l]a 'prueba' de la existencia de un contrato administrativo hállase, pues, íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado". Sin embargo, el razonamiento sentado en su Tratado no puede analizarse en forma inconclusa, ya que continúa explicando que "todo ello sin perjuicio de que lo atinente a la 'prueba' de la existencia del contrato implique una cuestión jurídica distinta a la de su 'perfección'" (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, T. III-A, 4ª ed., Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1998, ps. 145 y ss.).

Sobre este particular, puede verse BUTELER, ALFONSO, "Conflicto entre principios. Fallo de la Corte sobre contratación administrativa", LL, 2015-A, 482; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, "Racionalidad y formas en el derecho administrativo", LL, 2013-C, 671; LICO, MIGUEL A., "El enriquecimiento sin causa en los campos de los derechos civil y administrativo", LL CABA, 2012 (agosto), 383; CAPARROZ, LUCIANO, "Los contratos administrativos y la valoración de sus principios", LL, 2012-E, 411; DUBINSKI, GUIDO y ARIEL CARDACI MÉNDEZ, "Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)", LL, 2010-F, 169; DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, "Excursus sobre la forma de los contratos administrativos. Aproximación a algunas cuestiones ocultas", LL, 2011-D, 1102; REJTMAN FARRAH, MARIO, "Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración pública en materia de contrataciones administrativas", LL, Sup. Adm. 2010 (agosto), 197; MAIRAL, HÉCTOR A., "¿Uno o dos derechos administrativos?", LL, Sup. Adm. 2010 (agosto), 1; FERNÁNDEZ, BETTINA, "La anulación oficiosa del contrato administrativo por vicio en las formas", LLBA 2010 (octubre), 957; Bustelo, Ernesto N., "Contrato viciado por omisión de la licitación pública (a propósito de 'Cardiocrp)", LL, 2007-D , 221; GUSMAN, ALFREDO S., "Cuestiones de interés vinculadas a la licitación pública", LL, 1999-F , 1012; y MORELLO, AUGUSTO M., "Inexistencia y nulidad del contrato. Perspectivas", LL, 1995-E, 785.

Por último, no puede dejar de destacarse la altamente valiosa la modulación o excepción del principio enunciado que efectuara la Corte en la Causa T. 474. XXXIX, in re "Técnica de Investigaciones y Servicios de Luis A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ordinario", 05/05/2009.

II. LA FACULTAD REVOCATORIA

Una vez identificado el momento de perfeccionamiento de los contratos administrativos, corresponde adentrarse en el análisis de las relaciones jurídicas que unen a la Administración y a quienes han presentado sus ofertas en la etapa que antecede a ese momento.

Tal como lo afirmara la PTN, el desistimiento administrativo de una licitación es una competencia que todos los regímenes de contrataciones públicas reservan a favor del organismo licitante²²⁰. Sin embargo, dicha competencia debe efectuarse dentro de los límites que fijan el principio de legalidad y el debido proceso objetivo.

Ya el inciso 77, apartado a), del artículo 61 del Decreto 5720/1972, reglamentario de la Ley de Contabilidad, señalaba que en cualquier estado del trámite, previo a la adjudicación, el organismo licitante podía, por causas fundamentadas, dejar sin efecto la licitación²²¹.

Sin embargo, con el dictado del Decreto 1023/2001 la situación varió considerablemente. Se omitió la condición expresa de la existencia de causas fundamentadas y, lo que podría ser más grave aún, se entendió que dicho desistimiento podía efectuarse en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato. Posteriormente, con el fin de no dejar dudas sobre la naturaleza restrictiva de esta norma, se estableció que tal situación no daría lugar a indemnización alguna a favor de los interesados u oferentes.

.....
²²⁰ PTN, Dictámenes: 174:078; 158:284; 184:178.

²²¹ Ver también PTN, Dictámenes: 190:70.

III. LOS OFERENTES

A fin de precisar el verdadero alcance de dicha norma, hay que reparar en que los oferentes se erigen como titulares de intereses legítimos respecto de la adjudicación y del perfeccionamiento del contrato, pero no poseen derecho subjetivo alguno respecto de dichos actos.

Tan sólo gozan un *derecho* a que el procedimiento licitatorio y el acto administrativo de la adjudicación se lleven a cabo respetando la normativa general y los pliegos de bases y condiciones. Es decir, a que sus ofertas sean consideradas dentro del marco de juridicidad que rige en el procedimiento administrativo²²².

La jurisprudencia ha sido estricta respecto de la situación jurídica de los oferentes. En ese sentido, la Corte Suprema ha dicho que los oferentes no poseen un derecho subjetivo al contrato administrativo ni un interés legítimamente protegido, pues como regla en el proceso licitatorio, los oferentes sólo tienen expectativas fácticas que consisten en la posibilidad abstracta de adquirir algún derecho si concurren, simultánea o sucesivamente, varios acontecimientos, siendo totalmente inseguro que el proceso de formación del derecho se realice²²³.

Desde estas perspectivas, resulta indiscutible que la situación de los oferentes se encuentra comprendida dentro del artículo 20, en cuanto dispone que ellos no tendrán

²²² Con anterioridad al dictado del decreto en análisis, la jurisprudencia había concluido que el oferente que se presenta en una licitación pública adquiere, no el derecho a ser adjudicatario, sino a que la Administración haga la adjudicación respetando y cumpliendo el pliego de condiciones y las demás normas que rigen este instituto, de modo que todo apartamiento de esta línea de conducta lesiona el derecho del proponente, habilitándolo a actuar en su defensa, reclamando inclusive los daños y perjuicios a cargo del Estado (C. Nac. Civ. y Com., Sala A, 21/10/1976, "Confitería El Zoológico SRL v. Municipalidad de la Capital", LL, 1977-D-166, y ED, 74-294).

²²³ CSJN, 1989, "Cadesa", Fallos: 312:343. No obstante ello, también se ha entendido que "[l]os oferentes que hubieran presentado ofertas válidas y convenientes tendrán el derecho a que no se convoque a una nueva licitación en los mismos términos y condiciones que la anulada, independientemente de la responsabilidad precontractual del Estado, si hubiera mediado ruptura brusca e injustificada de las tratativas preliminares y la oferta se encontrare perfeccionada" (REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 81).

derecho a indemnización alguna derivada de la revocación del procedimiento de selección en cualquier momento previo al perfeccionamiento del contrato.

Sin perjuicio de lo normado por el artículo en comentario, también se ha entendido que “existe de todos modos responsabilidad estatal precontractual desde que se presenta la oferta y hasta el cierre del acuerdo, como implícitamente lo expresara la Corte Suprema” en el caso “Chillar S.A.”²²⁴.

IV. EL ADJUDICATARIO

La adjudicación, como ya adelantáramos, es el acto administrativo unilateral que elige o acepta la oferta más conveniente²²⁵. Precisamente por ello, el concepto mismo de adjudicatario importa una situación diferente y diferencial respecto de los oferentes.

La aceptación de su oferta, lejos de carecer de efectos jurídicos²²⁶, impone el deber al Estado de contratar exclusivamente con él²²⁷ o, más bien, el impedimento de contratar con cualquier otro.

.....

²²⁴ *Ibidem*, p. 236 y sus citas.

²²⁵ En cuanto a este aspecto, cabe efectuar la salvedad de que, en el Derecho Privado, dicha aceptación tiene algunos matices que no pueden aplicarse, al menos en forma directa, al Derecho Público. Tal es el caso de lo dispuesto por el artículo 981 del Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. asimismo, artículo 971 del citado código).

²²⁶ Recuérdese que, con el acto de adjudicación, nace el derecho de los oferentes no adjudicatarios a retirar sus ofertas y al reintegro de garantías, así como a impugnar el acto de adjudicación por aplicación directa de lo normado por la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y su decreto reglamentario (conf. Decreto 1023/2001, artículo 36). Asimismo, conviene aquí recordar que si el adjudicatario retira la oferta antes de la formalización del contrato, el licitante puede adjudicar al proponente que siga en el orden de conveniencia (LOP, artículo 21), sin necesidad de recurrir a un nuevo llamado. Por otro lado, el adjudicatario conserva el derecho a que se mantengan inalterados los pliegos de condiciones que sirvieron para presentar las ofertas.

Finalmente, también nace su obligación de integrar la garantía de adjudicación y la de concurrir a perfeccionar el contrato una vez que es notificado. También conserva su deber de mantener su propuesta hasta el vencimiento del plazo establecido en el llamado (FIORINI, BARTOLOMÉ A. - MATA, ISMAEL, *La licitación...*, op. cit., ps. 158/159).

²²⁷ FIORINI, BARTOLOMÉ A. - MATA, ISMAEL, *Licitación pública. Selección del contratista estatal*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972, ps. 158/159.

Previamente al dictado de este decreto, era pacíficamente aceptado que el acto de adjudicación creaba un derecho en favor del oferente elegido o seleccionado, quien, desde entonces, se encontraba facultado para exigir la realización o formalización del contrato²²⁸ y frente al desistimiento de la Administración, tenía el derecho a percibir la indemnización de los daños que dicho acto le causara²²⁹.

Entendemos que el artículo 20 del Decreto 1023/2001 no ha modificado ni perjudicado en sentido alguno los derechos que la adjudicación le confiere al adjudicatario. Ello por cuanto, como hemos visto, no puede considerarse que éste revista el carácter de *mero interesado u oferente*, por el contrario, *ha sido situado en una situación diferente y diferencial respecto de aquéllos por la propia Administración mediante el acto de adjudicación*, lo que le ha otorgado un derecho subjetivo que lo posiciona en una relación de mayor protección respecto del comitente.

En otras palabras, no sólo ha abandonado el carácter de simple oferente, sino que tampoco puede confundirse su situación con la del mero interesado. En consecuencia, siendo estas dos nociones las únicas que contempla el artículo citado, sólo puede interpretarse que el adjudicatario queda excluido de sus preceptos y que el cambio normativo ha dejado ileso y protegido su derecho a ser indemnizado por los daños que le produzca el desistimiento del licitante anterior de la perfección del contrato.

.....

²²⁸ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., p. 246.

²²⁹ Corte Sup. Just. Santa Fe, 26/08/1949, "Hilbert, Santiago y otro v. Prov. de Santa Fe", LL 57- 960; JA 1950-II-278. Siempre con anterioridad al dictado del Decreto 1023/2001, se ha coincidido con la postura expuesta al entender que, cuando el Estado llama a licitación para realizar obras públicas, conserva el derecho de rechazar (legítimamente) todas las ofertas. Pero si acepta una de ellas, no puede después negarse sin causa a suscribir el respectivo contrato, y en caso contrario debe pagar daños y perjuicios (Sup. Corte Bs. As., 27/12/1960, "García José M. v. Prov. de Buenos Aires", LL 102-275). Ver, asimismo, FARRANDO, ISMAEL (h), *Contratos administrativos*, 1ª ed., Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2002, p. 353.

V. LA LEGITIMIDAD DEL DESISTIMIENTO

Frente a la ilegitimidad del acto que dispone la revocación o desistimiento del procedimiento de selección, cabe su nulidad, lo que conlleva al restablecimiento de la situación anterior, permitiéndose así cumplir con el fin público que se tuvo en miras al momento de efectuar el llamado. En caso de que, por circunstancias sobrevinientes no resultara ya posible o conveniente efectuar la contratación, deberá responderse por los daños producidos, que en definitiva serán asimilados a los gastos en los que los oferentes hayan incurrido, observando estrictamente su relación causal con la frustración en cuestión.

En tal sentido, se ha entendido que, cuando la no adjudicación de la obra haya sido el resultado de un comportamiento administrativo indubitablemente ilegítimo, habrá nacido responsabilidad del Estado, quien deberá indemnizar el daño emergente de tal conducta pero no el lucro cesante, correspondiente a la utilidad probable del contrato, ya que para incluir este concepto sería menester que los jueces sustituyesen a la Administración en el ejercicio de sus facultades discrecionales, en punto de la determinación de la propuesta más ventajosa, aspecto este sobre el que está vedado decidir *ab origine*²³⁰.

En caso de haberse ya dictado la adjudicación, le corresponderá al adjudicatario también los daños que acredite bajo el rubro de pérdida de *chance*²³¹.

En síntesis, el obrar ilegítimo por parte de la Administración genera su obligación de reparar los daños o lesiones resarcibles que su conducta haya provocado en cuanto le sean imputables, pues no puede interpretarse que se encuentra dentro del riesgo empresario el actuar ilegítimo por parte de la Administración.

.....

²³⁰ Sup. Corte Bs. As., 20/10/1981, "Cura Juan v. DNV", ED 101-549.

²³¹ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 18/10/1994, "Fundación Hermandad Internacional de Escorpiones", Causa 8188/94.

V.1. Las causas fundamentadas

Si bien la formulación expresa de dicho condicionamiento se ha omitido en la redacción del artículo 20 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, no puede soslayarse que la revocación del procedimiento de contratación también constituye un acto administrativo, de conformidad con lo expresamente asentado en el inciso g) de su artículo 11²³².

En consecuencia, debe cumplirse, independientemente de los requisitos que le imponga la normativa específica, con lo normado por los artículos 7 y 8 de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos. Por lo que la omisión aludida no puede entenderse como una permisión, ya que dicho acto administrativo ha de obedecer necesariamente a una determinada causa de hecho y de derecho y ostentar en forma suficiente su motivación²³³. De lo contrario, la determinación de dejar sin efecto el procedimiento sería nula, de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la citada ley y podría generar, como ya se ha explicado, una responsabilidad del Estado por su actuar ilícito²³⁴.

En definitiva, no puede soslayarse que el deber de motivación y el derecho a una resolución fundada constituye una de las garantías comprendidas dentro de lo que se conoce como el derecho de defensa, tutelado por el artículo 18 de la Constitución Nacional. A lo que cabe anudar que artículo 8²³⁵ de la Convención Americana de

.....

²³² DIANA y ERBIN, op. cit., p. 114 y ss.

²³³ AGUSTÍN GORDILLO da un ejemplo de cláusula contraria a la legalidad: la norma por la que el licitante se autoconfiere el derecho a dejar sin efecto la licitación y no adjudicar a nadie, sin dar razón o 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. Sostiene que “normas de este tipo son tan claramente arbitrarias e inconstitucionales que no se puede entender cómo la jurisprudencia no las ha anulado hasta ahora y las aplica bajo el manto del voluntario sometimiento del oferente y el posterior pacta sunt servanda, según el caso” (GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, *Parte general*, 11ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2013, Cap. XI, ps. XI-6).

²³⁴ COMADIRA, JULIO R., *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 190.

²³⁵ Cfr. THEA, FEDERICO, “Artículo 8. Garantías Judiciales”, en ALONSO REGUEIRA (dir.), *La Convención Americana...*, op. cit., p. 127 y ss.

Derechos Humanos también exige que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”²³⁶.

De modo que resulta de gran importancia la jurisprudencia interamericana que explica que “el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión”²³⁷. Pero “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”²³⁸.

Un supuesto habitual de ilegitimidad es revocar el procedimiento de selección invocando genérica y dogmáticamente razones de mérito, oportunidad o conveniencia, sin explicar cuáles son esas razones y de qué manera se orientan a la satisfacción del interés público²³⁹.

Dicho acto administrativo carecería tanto de causa como de motivación, ya que, para poder extinguir el procedimiento de selección por las razones expuestas, resultaría necesario que se haya producido un cambio en las circunstancias de hecho

²³⁶ ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, “Discrecionalidad: Muerte y Resurrección”, en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir.), *El Control de la Actividad Estatal I. Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, 1º ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, 2016, p. 65 y sus citas. Disponible en <https://goo.gl/GBgcsX>

²³⁷ Corte IDH, “Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela”, sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C 182 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 90; “Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 154 y “Caso López Mendoza vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 1 de septiembre de 2011, Serie C No. 233, párr. 146. En similar sentido, “la motivación de una decisión no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes” (“Caso Mémoli vs. Argentina” [Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 22 de agosto de 2013, Serie C No. 265, párr. 40).

²³⁸ Corte IDH, “Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, sentencia del 1 de julio de 2011, Serie C No. 227, párr. 118 (con cita de “Caso Apitz”, op. cit., párr. 77,) y “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 141, en donde se agrega que “[a]demás, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”. Sin perjuicio de lo cual, debe recordarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el sentido de que, ante una falta de motivación o fundamentación, aun frente a razones insuficientes o dogmáticas, el impugnante debe demostrar que la decisión le causó un agravio (Corte IDH, “Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares)”, sentencia de 27 de enero de 1995, Serie C, No. 21, párr. 39).

²³⁹ COMADIRA, JULIO R., *La licitación pública...*, op. cit., p. 196.

que sustente la modificación del interés público perseguido por el acto del llamado²⁴⁰. En similar sentido, se ha entendido que anular una licitación con fundamento en causas de trámite constituye un acto administrativo carente de motivación²⁴¹.

V.2. El derecho a impugnar

En consonancia con lo hasta aquí argumentado, entendemos que no puede limitarse el derecho a impugnar el desistimiento que dictare el comitente.

La PTN ha sostenido, sin embargo, que “la simple anulación de la licitación o el hecho de que sea dejada sin efecto no puede ser cuestionada por las partes, ya que es una facultad que todos los regímenes de contrataciones públicas reservan a favor del organismo licitante”²⁴².

Empero, como hemos visto, la facultad revocatoria de la Administración no debe entenderse como ilimitada. El propio Estado de Derecho restringe el actuar del Estado mediante el principio de legalidad y el debido proceso adjetivo y objetivo. Por ello, frente a la pretensión de que dicha facultad ha sido ejercida en forma ilegítima, o irrazonable, resultaría inconstitucional e inconveniente restringir el ejercicio del derecho de defensa y de acceso a la justicia que protegen al oferente o adjudicatario²⁴³.

Finalmente, cabe reiterar que el supuesto de la revocación ilegítima del procedimiento de selección resulta ajeno a lo normado por el artículo 20, *in fine*, del

²⁴⁰ Ver, en igual sentido, Rejtman Farah, Mario, Régimen..., op. cit., p. 237, donde se agrega: “Si la revocación del llamado no se encuentra suficientemente justificada, será ilegítima, y aun existiendo norma legal o cláusula licitatoria que prevea lo contrario, los adjudicatarios tendrán derecho a ser reparados porque si no habría una dispensa de dolo prohibida expresamente por el artículo 507, CCiv.”

²⁴¹ C. Nac. Civ. y Com., Sala A, 21/10/1976, “Confitería El Zoológico SRL v. Municipalidad de la Capital”, LL 1977-D-166, y ED 74-294.

²⁴² PTN, Dictámenes: 176:209.

²⁴³ FREEDMAN, DIEGO y SHUNKO ROJAS, “Artículo 25. Protección Judicial”, en Alonso Regueira (dir.), *La Convención Americana...*, op. cit., p. 443 y ss.

Decreto 1023/2001, por lo que no cabe efectuar aquí diferencia alguna entre oferentes y adjudicatarios. Ambos se encuentran legitimados para impugnar el acto de desistimiento y ambos tendrán derecho a la indemnización que se ajuste a los daños efectivamente producidos por el actuar ilegítimo de la Administración.

VI. LAS CUESTIONES DE ILEGITIMIDAD

Ahora sí, podemos abocarnos a los casos en que el comitente revoca el procedimiento de selección del contratista mediante actos que se ajusten a derecho.

Para estos supuestos, el Decreto 1023/2001 dispone que no corresponde indemnización alguna para los “meros interesados u oferentes”. Como ya adelantáramos, entendemos que dicha norma no alcanza al adjudicatario, por lo que el Estado sí deberá reparar los daños que le provocare²⁴⁴.

La responsabilidad que atañe al Estado, frente a estos supuestos, puede encuadrarse dentro de la categoría de la responsabilidad precontractual. Como hemos visto, el contrato aún no se ha perfeccionado, las partes se encuentran aún en una etapa preliminar de integración del contrato administrativo, posterior a la de selección del contratista (que ha finalizado con el dictado de la adjudicación) y previa a la del perfeccionamiento del contrato.

Ahora bien, la Corte Suprema ha entendido, desde antaño, que son requisitos de la responsabilidad precontractual del Estado la ruptura injustificada de las tratativas

²⁴⁴ De conformidad con otra parte de la doctrina, no cabe, en estos casos, diferenciar entre el adjudicatario y el resto de los oferentes, ya que en los supuestos de revocación por ilegitimidad, ambas categorías conservan su derecho a ser indemnizados en su relación precontractual. En este sentido, la Dra. Monti expresa que “en los casos de ilegitimidad, corresponde el resarcimiento con base en la falta de servicio, como fundamento de la responsabilidad estatal. Ello es así, pues es doctrina reiterada, también del organismo asesor, que quien participa de una licitación no tiene derecho a resultar beneficiario de la adjudicación; pero sí a que el procedimiento se ajuste a los principios de legalidad y razonabilidad” (MONTI, LAURA M., “Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia”, en AA. VV., *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, T. I, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 346-358).

preliminares y el perfeccionamiento de la oferta, cuya emisión es requisito esencial de la mencionada responsabilidad²⁴⁵.

En este orden de ideas, debe individualizarse el caso en que el adjudicatario conociere el vicio que motiva la revocación del llamado, ya que ello importaría una presunción de su mala fe²⁴⁶. Circunstancia que, a nuestro entender, le impone la obligación de soportar el daño que la revocación pudiere causarle, ya que habiendo conocido el vicio, no podrá alegar que se haya producido ruptura injustificada alguna de las tratativas preliminares.

Es que la responsabilidad precontractual tiene su basamento en la buena fe, y es precisamente su ausencia la que se comprueba ante el conocimiento del vicio por parte del adjudicatario²⁴⁷.

VII. OPORTUNIDAD, MÉRITO Y CONVENIENCIA

Con anterioridad al dictado del Decreto 1023/2001, la PTN, como correlato de la facultad revocatoria del llamado a licitación por parte de la Administración, se reconocía el derecho de los oferentes o “particulares interesados” que hubieren hecho determinados gastos a pedir que ellos les sean reintegrados.

La reparación de los perjuicios causados procedía aun en silencio del pliego, ya que se sustentaba, en primer lugar, en la protección otorgada al derecho de propiedad conferido por el artículo 17 de la Constitución Nacional y, en segundo, en la

.....
²⁴⁵ CSJN, 1994, “Chillar SA”, Fallos: 317:80.

²⁴⁶ Ver en este sentido Alonso Regueira, Enrique, “¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?”, LL 2007-C-376, así como ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, “‘Kek’ o el principio de estabilidad del acto administrativo irregular”, en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir.), *El Control de la Actividad Estatal II. Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos*, 1ª ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, 2017, p. 267 y ss.

²⁴⁷ La presunción respecto dicho conocimiento no puede aplicarse en forma dogmática, sino que siempre se encuentra condicionada por las circunstancias fácticas de cada caso particular, resultando improcedente e injusta la aplicación automática de la presunción establecida en el artículo 22, CCiv. (COMADIRA, JULIO R., *La licitación pública (naciones, principios, cuestiones)*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 137).

reglamentación de dicha protección, efectuada por el artículo 18 de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos²⁴⁸.

En la actualidad, sin embargo, hemos visto que existen normas específicas que excluyen dicha responsabilidad, al menos respecto de los posibles perjuicios que afectaran a los oferentes.

VIII. EL ALCANCE DE LA REPARACIÓN

La indemnización a favor del adjudicatario debe cubrir, además de los gastos ocasionados en la presentación al procedimiento, la pérdida de la chance²⁴⁹ como porcentaje de la utilidad prevista para la ejecución contractual.

Dichas lesiones resarcibles no podrán abarcar, en el caso, más que el interés negativo del adjudicatario, es decir, los gastos, trabajos o desembolsos que tuvieran su causa directa e inmediata en el procedimiento contractual, así como la pérdida de la chance. En definitiva, el alcance de la indemnización en esta etapa precontractual se encontrará siempre, sea que los daños fueren causados por una falta de servicio de la Administración o por su actuar legítimo, limitado al daño emergente²⁵⁰.

Por último, conviene recordar, a los efectos de la acreditación de los daños resarcibles propios de la responsabilidad precontractual del Estado, que es

.....

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 135.

²⁴⁹ Conf. C. Nac. Civ. y Com., Sala A, 21/10/1976, "Confitería El Zoológico SRL v. Municipalidad de la Capital", LL 1977-D-166 y ED 74-294. "El arbitrario proceder del Intendente Municipal privó a la actora de una chance que no era general y vaga, sino que, todo lo contrario, existía desde que existía una probabilidad suficiente de obtener una ganancia, de modo que la frustración debe ser indemnizada por el responsable".

Asimismo, debe recordarse que quien comparece a una licitación lo hace con la intención de obtener alguna ganancia. Siendo así, es también evidente que en la hipótesis de que quede configurado un perjuicio —aunque fuera a título de chance— merece reparación —artículos 1068, 1069 y concs., CCiv.— (C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 24/09/1992, "Radio Llamada SA v. DNV", JA del 15/09/1993).

²⁵⁰ Ver COMADIRA, JULIO R., *La licitación pública...*, op. cit., p. 135. En sentido similar, PTN, Dictámenes: 100:57 bis.

imprescindible no sólo la probanza de la existencia de los gastos, sino también su relación de causalidad²⁵¹.

En tal sentido, se ha explicado que “para que exista responsabilidad, es necesario que los gastos a ser reparados no sean producto de la imprudencia o precipitación del oferente, sino nacidos como consecuencia de una confianza creada y defraudada. No serán indemnizados, así, aquellos gastos extemporáneos que se adelanten al efectivo y real acuerdo”²⁵².

IX. LA INDEMNIZACIÓN EXCLUIDA POR EL PLIEGO

La sujeción sin condicionamientos al contrato importa la aceptación de sus cláusulas, por lo que estando en juego un derecho patrimonial —de naturaleza renunciable—, dicha cláusula ha sido reputada válida y oponible a las eventuales impugnaciones, en razón de la teoría de los actos propios²⁵³.

Asimismo, se ha sostenido que si el proponente tiene dudas sobre los alcances de las cláusulas de los pliegos, está a su alcance, antes de presentar la oferta, pedir aclaraciones a la licitante. Si no lo hace, cualquier duda o error que en verdad pueda haber existido sería el resultado de su negligencia e insusceptible de producir consecuencias jurídicas que modifiquen la plenitud o afecten la vigencia de las condiciones estipuladas.

Este sometimiento voluntario impediría no sólo la posterior impugnación administrativa, sino también judicial. Por ello, se ha destacado la necesidad del

.....
²⁵¹ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, “Warning SA v. Instituto Nac. de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA)”, 05/11/2002.

²⁵² REJTMAN FARAH, *Régimen...*, op. cit., p. 236.

²⁵³ De conformidad con la teoría de los propios actos, nadie puede alegar un derecho que esté en pugna con su propio actuar: *nemo potest contra factum venire*. Su fundamento reside en que el mismo ordenamiento jurídico no puede tolerar que un sujeto pretenda ejercer un derecho en abierta contradicción con una conducta suya previa que engendra confianza respecto del comportamiento que se va a observar en la relación jurídica (PTN, Dictámenes: 224:119).

oferente de “impugnar, antes de la presentación de su oferta, las cláusulas del pliego que estime violatorias de sus derechos”²⁵⁴, para que no se considere que se trató de disposiciones consentidas por falta de censura en tiempo oportuno²⁵⁵.

.....

²⁵⁴ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 20/02/86, “Ingar SACIC v. Dirección Nacional de Vialidad”, y 30/08/1984, “Guillermón, Luis Alberto (Empresa Constructora) v. Dirección Nacional de Vialidad”.

²⁵⁵ No obstante lo cual, no puede dejar de recordarse que, desde la perspectiva de la Corte Suprema, en la causa “Video Club Dreams”, la doctrina del sometimiento voluntario ha sido morigerada, por lo que cabría interpretar que, en tanto “la falta de interposición de un recurso contra el pliego de condiciones antes de ofertar no convierte a éste en firme y consentido”, podría solicitarse la correspondiente indemnización de daños (REJTMAN FARAH, *Régimen...*, op. cit., p. 273).

CAPÍTULO IV

LAS PRERROGATIVAS ESTATALES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

ARIEL CARDACI MÉNDEZ

“Si la soberanía es la síntesis de las potestades de gobierno, es posible afirmar que la naturaleza jurídica de aquellas es idéntica en todos los ordenamientos jurídicos. Las potestades públicas son, ante todo, poderes jurídicos. En general, implican la posibilidad de realizar actos que son productores de efectos jurídicos en la esfera de terceros, con independencia de su voluntad. Por consiguiente, por medio del ejercicio de las potestades públicas se pueden crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas”²⁵⁶.

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo pasar revista sobre las prerrogativas²⁵⁷ que posee la Administración en materia contractual y que hoy se encuentran

²⁵⁶ HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, “Prerrogativa y garantía”, EUNED, 1995.

²⁵⁷ La primera definición de prerrogativa en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es privilegio, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de ello, anejo regularmente a una dignidad, empleo o cargo. Otro significado de prerrogativa en el diccionario es facultad importante de alguno de los poderes supremos del Estado, en orden a su ejercicio o a las relaciones con los demás poderes de clase semejante.

expresamente previstas, con carácter general, para todos los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8 de la Ley 24.156, por imperio del artículo 2 del Decreto Delegado 1023/01 denominado Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y que actualmente se encuentra reglamentado por el Decreto 1030/16 que recientemente sustituyó el Decreto 893/12.

Como bien nos enseña el maestro CASSAGNE, el rasgo característico del contrato administrativo radica en la presencia de prerrogativas públicas, las que pueden provenir tanto del ordenamiento general, en cuyo caso resultan verdaderas potestades y que serán objeto de análisis en este capítulo, como del propio acuerdo de voluntades²⁵⁸.

Una de las grandes discusiones que se ha dado en torno a este tema es la referida a la denominada cláusula exorbitante implícita y su supuesta peligrosidad²⁵⁹ pero, como bien se ha señalado, “no existen las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas. Lo que sí existen son las prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública, derivadas del ordenamiento general constitutivo del régimen administrativo” y esas prerrogativas “no dependen de la voluntad de las partes, pues existen con independencia de la voluntad de someterse a él”²⁶⁰.

Para MARIENHOFF, estas prerrogativas derivaban de la existencia de cláusulas exorbitantes del Derecho común y entendía que existían de pleno derecho y por principio, aun cuando los textos contractuales no las mencionaran expresamente²⁶¹. Dichas prerrogativas son irrenunciables por parte del Estado y ellas no son un privilegio

²⁵⁸ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La contratación pública”, en *Tratado general de los contratos públicos*, T. I, La Ley, 2013, p. 24 y ss.

²⁵⁹ MAIRAL, HÉCTOR A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, ED, 18/09/1998.

²⁶⁰ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, 2a ed., Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2005, p. 19 y ss.

²⁶¹ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. III-A, p. 348.

de poder, entendido como resabio de regímenes absolutistas, sino que se trata de una potestad jurídica que tiene el Estado para cumplir con el fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del contrato administrativo de que se trate.

Las prerrogativas públicas en la contratación administrativa traen su causa desde otro plano, no del contrato, sino de la ley; no son expresión de un derecho subjetivo sino de una potestad atribuida *ex lege* para atender los intereses públicos. En otras palabras, la especial posición de la Administración en materia contractual trae su causa de la necesidad de asegurar la realización de las obras públicas contratadas o de la prestación de los servicios públicos objeto del contrato de que se trate²⁶².

II. LA NORMATIVA APLICABLE

El dictado del Decreto Delegado 1023/01, denominado Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (en adelante denominado RCAN), es la primera consagración normativa general de las prerrogativas exorbitantes del Derecho Privado que posee la Administración²⁶³. Si bien ello es cierto, lo es, en parte, debido a que en la mayoría de los casos dichas prerrogativas ya se encontraban reconocidas, aunque dispersas, en diferentes normas administrativas vigentes²⁶⁴ pero ahora, conforme lo establece el artículo 2 del mencionado RCAN, resultan de aplicación obligatoria a todos los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8 de la Ley 24.156. Dicho RCAN ha sido reglamentado a través del Decreto 1030/16, en adelante denominado como “la reglamentación”.

²⁶² RODRÍGUEZ-ARANA JAIME en “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 12, 2008, p. 795 y ss.

²⁶³ Conforme LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, “La modificación (ius variandi) del contrato administrativo”, en *Tratado general de los contratos públicos*, T. III, La Ley, 2013, p. 19 y ss. y ORTIZ DE ZÁRATE, MARÍA - DIEZ, HORACIO P., “Perfiles de la contratación administrativa a la luz del dec. 1023/2001”, Revista de Derecho Administrativo, Nº 43, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, p. 62.

²⁶⁴ Como por ejemplo en el Decreto-Ley 19.549/72, las Leyes 13.064, 17.520 y 25.344.

Quién puede negar, aun antes del dictado de este decreto, que la Administración Pública poseía la prerrogativa para revocar, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia un contrato administrativo, aun cuando ello no estuviera previsto contractualmente, renunciar o no ejercer dicha prerrogativa llevaría a la Administración a mantener situaciones no deseadas o que no se corresponden con las necesidades de la comunidad²⁶⁵.

Resulta importante aclarar que cuando se hace referencia a las cláusulas exorbitantes o al régimen exorbitante del Derecho común que caracteriza a la contratación administrativa, sólo se quiere decir que dichas cláusulas o régimen jurídico son distintos o diferentes al régimen del Derecho común, aunque para algunos autores la característica distintiva sea la de que, de ser insertas en un contrato privado, podrían llegar a resultar inválidas o al menos inusuales²⁶⁶. Tampoco comparto plenamente ello, debido a que gran parte de esas cláusulas denominadas como exorbitantes del Derecho podrían ser puestas perfectamente en un contrato civil y resultarían plenamente válidas, pese a ser infrecuentes²⁶⁷.

En muchos casos, las cláusulas previstas en la normativa administrativa suelen ser, atento la finalidad pública perseguida y por ende la necesidad de que la obra se termine, más beneficiosas para el contratista estatal en comparación con aquellas habitualmente utilizadas en los contratos privados.

Así, por ejemplo, el contratista público se ve beneficiado por las prórrogas en los

²⁶⁵ Siempre con la consecuente reparación económica que corresponda en favor del contratista; lo contrario vulneraría los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional.

²⁶⁶ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, 2da. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2005, p. 19 y ss., y MARIENHOFF, MIGUELS., *Tratado de derecho administrativo*, T. III-A, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, ps. 74 y ss.

²⁶⁷ A excepción de la imposición de sanciones, como las que faculta el artículo 35 de la Ley Nacional de Obras Públicas. Dicha norma permite a la Administración aplicar y graduar las multas que impone al contratista como consecuencia de sus atrasos. En el Derecho Civil este tipo de estipulaciones se las conoce tradicionalmente como cláusulas penales y se exige para su validez que hayan sido expresamente pactadas y tasadas por las partes y respecto de las cuales la jurisprudencia ha entendido que el juez puede morigerarlas, aun de oficio, si las considera abusivas.

plazos de cumplimiento que debe otorgar la Administración²⁶⁸, la asunción por parte de la Administración de los daños y perjuicios que ocasiona el caso fortuito y la fuerza mayor²⁶⁹, etc., situaciones o cláusulas que usualmente no se encuentran en los contratos de Derecho Privado y que en los contratos administrativos se justifican por el interés público comprometido y por la necesidad de que la obra se termine o el contrato se cumpla.

Al respecto, LUQUI agrega que el contratista contrata con un sujeto con solvencia asegurada por ley, no corre el riesgo de que el comitente quiebre y no pueda hacerse de su crédito, el Estado responde por el hecho del príncipe y en caso de que se modifique la ecuación económica del contrato, éste debe reestablecerla a fin de que se puedan ejecutar las prestaciones²⁷⁰.

La presencia de este tipo de cláusulas exorbitantes del Derecho común (régimen jurídico) junto a la presencia de una persona jurídica estatal (sujeto) y que su objeto esté constituido por un fin público o propio de la Administración (objeto) han sido las notas tipificantes del contrato administrativo en la jurisprudencia de nuestra CSJN²⁷¹.

El RCAN en su artículo 12 estableció, sin perjuicio de las establecidas en la normativa específica, las siguientes prerrogativas en favor de la Administración Nacional:

- De interpretar los contratos.

²⁶⁸ Conf. inciso b) del artículo 100 del Decreto 1030/16.

²⁶⁹ Conf. artículo 39 de la Ley 13.064, 13 del Decreto 1023/01 y 94 del Decreto 1030/16.

²⁷⁰ Conforme Luqui, Roberto Enrique, "La modificación (ius variandi) del contrato administrativo", en Tratado general de los contratos públicos, T. III, La Ley, 2013, p. 6 y ss.

²⁷¹ El criterio para tipificar el contrato administrativo se ha ido gestando a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema en las causas "Dulcamara" y "Cinplast", entre otros, y la noción de régimen exorbitante fue utilizada por el Alto Tribunal en el pronunciamiento dictado en la causa "López, Juan Manuel y otro v. Estado nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ordinario" (Fallos: 306:731). Para ampliar respecto de la caracterización del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de nuestra CSJN ver COVIELLO, PEDRO J. J., "El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED 111-845, y su ampliación en AA. VV., *Contratos administrativos*, op. cit., p. 83 y ss.

- De modificarlos por razones de interés público.
- De decretar su caducidad, rescisión o resolución.
- De aumentar o disminuir el monto total del contrato.
- De control, inspección y dirección.
- De imponer sanciones y penalidades
- De proceder a la ejecución directa del contrato.
- De inspeccionar oficinas y libros.
- De prorrogar los contratos.

III. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

El artículo 12, inciso a) del RCAN le otorga expresamente a la Administración Pública la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y la de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

En materia de interpretación de los contratos administrativos, más allá de la aplicación analógica de preceptos del Derecho Civil o Comercial, una de las características que diferencia a estos de los contratos del Derecho Privado es que el interés público en juego tiene un papel fundamental en la interpretación del contrato y que debe estar, en forma primaria, a cargo de la Administración Pública que celebró el contrato²⁷².

Esta prerrogativa de interpretación unilateral de los respectivos contratos no debe ser entendida como una prerrogativa para que la Administración decida

.....

²⁷² Conf. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, op. cit., p. 4. Para ampliar sobre los preceptos civiles o comerciales aplicables en forma analógica a los contratos administrativos, ver MÓ, FERNANDO F., *Régimen legal de las obras públicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 402 y ss.

libremente sobre el alcance de lo pactado, sino para adoptar medidas que, aunque provisionales, permitan la continuidad de la ejecución del contrato sin perjuicio para el interés público, evitando su paralización por posibles diferencias entre las partes en cuanto al sentido o alcance de alguna de sus cláusulas y en este sentido debe primar el principio de buena fe.

Recordemos que la CSJN ha señalado que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión²⁷³, principio que es plenamente aplicable en el ámbito de los contratos administrativos, por lo que es exigible a los contratantes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a sus actos anteriores— se ha suscitado en la otra parte. Por un lado, hace exigible a la Administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar y, como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público²⁷⁴.

IV. REVOCACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA

El inciso a) del artículo 12 del RCAN también otorga a la Administración la facultad de revocar, modificar o sustituir los contratos “por razones de interés público”, en estos casos la revocación del contrato implica su finalización debido a que la Administración Pública considera, por una decisión gubernamental, que no es

.....

²⁷³ Conf. artículo 1198 del Código Civil de la Nación, hoy artículos 961, 968, 1061 y 1063 del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁷⁴ Conf. CSJN, in re “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos SA y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/contrato administrativo”, sentencia del 18/07/2002.

conveniente continuar un contrato y esta es una decisión unilateral y exclusiva de la Administración, siendo esta una típica manifestación del ejercicio de la potestad administrativa.

Pueden ser objeto de revocación tanto los actos administrativos unilaterales –o sea, aquellos cuya existencia se deba exclusivamente a la voluntad de la Administración– como también los bilaterales, aunque se trate de una bilateralidad limitada, como bien señala MARIENHOFF, referida "a la formación del acto o comprensiva también de sus efectos (ejemplos: permisos de uso del dominio público y concesiones de uso del dominio público, respectivamente)"²⁷⁵, o plena, como el caso de un contrato administrativo.

Ello obedece a que a la revocación del acto administrativo bilateral le resultan aplicables los mismos criterios o principios del acto administrativo unilateral²⁷⁶.

La Ley de Obras Públicas 13.064 no contiene previsión expresa respecto de la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia pero, sin embargo, contempla supuestos de rescisión por causas imputables tanto a la Administración como al contratista, basados en presuntos incumplimientos de la

.....

²⁷⁵ Conf. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. II p. 234.

²⁷⁶ Para ampliar ver los capítulos 6 y ss. de mi libro *Revocación del contrato de obra pública*, Buenos Aires, Astrea, 2014 y mi comentario al artículo 12 del RCAN en *Contrataciones de la Administración nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.

contraparte que autorizan a extinguir el contrato, como ser los supuestos establecidos en los artículos 50 y 53 de la mencionada norma²⁷⁷.

Aunque algunos autores señalan, con relación al RCAN, que "el espíritu de la ley lo constituye la continuidad del contrato, lo que surge claro de la lectura de su articulado, no está prevista la revocación en forma unilateral de la Administración sin una causa basada en el incumplimiento concreto del contratista"²⁷⁸.

Recordemos que en el Derecho español se ha entendido, en rigor, que la revocación de actos declarativos de derechos, por razones de oportunidad, no está regulada en su ordenamiento y que cualquier acto que declare derechos en favor de un administrado, y que no presente vicios en su constitución, no puede ser revocado por la Administración y cita –por ejemplo– el rescate de las concesiones, pero que llevaría consigo la obligación de indemnizar de manera previa²⁷⁹.

.....

²⁷⁷ Artículo 50: "La administración nacional tendrá derecho a la rescisión del contrato, en los casos siguientes. a) Cuando el contratista se haga culpable de fraude o grave negligencia o contravenga las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato; b) Cuando el contratista proceda a la ejecución de las obras con lentitud, de modo que la parte ejecutada no corresponda al tiempo previsto en los planos de trabajo y a juicio de la administración no puedan terminarse en los plazos estipulados; c) Cuando el contratista se exceda del plazo fijado en las bases de licitación para la iniciación de las obras; d) Si el contratista transfiriere en todo o en parte su contrato, se asocia con otros para la construcción o subcontrata, sin previa autorización de la administración; e) Cuando el contratista abandone las obras o interrumpa los trabajos por plazo mayor de ocho días en tres ocasiones, o cuando el abandono o interrupción sean continuados por el término de un mes. En el caso del inciso b), deberá exigirse al contratista que ponga los medios necesarios para acelerar los trabajos hasta alcanzar el nivel contractual de ejecución en el plazo que se le fije y procederá a la rescisión del contrato si éste no adopta las medidas exigidas con ese objeto. En el caso del inciso c), se podrá prorrogar el plazo si el contratista demostrase que la demora en la iniciación de las obras se ha producido por causas inevitables y ofrezca cumplir su compromiso. En caso de que no proceda el otorgamiento de esa prórroga, o que concedida ésta el contratista tampoco diera comienzo a los trabajos en el nuevo plazo fijado, el contrato quedará rescindido con pérdida de la fianza".

Artículo 53: "El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, en los siguientes casos: a) Cuando las modificaciones mencionadas en el artículo 30 o los errores a que se refiere el artículo 37 alteren el valor total de las obras contratadas, en un 20 % en más o en menos; b) Cuando la administración pública suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras; c) Cuando el contratista se vea obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50 % durante el mismo período, como consecuencia de la falta de cumplimiento en término, por parte de la administración, de la entrega de elementos o materiales a que se hubiera comprometido; d) Por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato; e) Cuando la administración no efectúe la entrega de los terrenos ni realice el replanteo de la obra dentro del plazo fijado en los pliegos especiales más una tolerancia de treinta días".

²⁷⁸ CONF. CRIVELLI Y VEGA, "Digesto. Régimen legal de las obras públicas. Ley N° 13.064", www.jccrivelliabogados.com.ar.

²⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 11ª ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 668.

En ese mismo sentido, CASSAGNE entiende que aquí resulta aplicable el principio del artículo 17 de la Constitución Nacional y tales razones de interés público deben ser declaradas por ley con previa indemnización al contratista²⁸⁰.

Cabe aclarar, aunque pueda resultar evidente, que dicha facultad revocatoria por cuestiones de interés público no puede servir como fundamento para "limpiar" o "sanear" un incumplimiento contractual de la Administración o cuando se pretendan "inventar" las razones de interés público para justificar el actuar ilegítimo del Estado, pues en esos casos estaremos en presencia de un acto nulo, por ser, al menos, falsa o inexistente su causa.

El RCAN ha establecido expresamente en su artículo 12 que la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante. Con relación a esta ilegítima limitación al derecho de propiedad propugnada por el RCAN me remito, ya que excedería el marco del presente capítulo, a lo que he señalado en oportunidad de analizar en profundidad el alcance de la reparación en estos casos²⁸¹.

V. CADUCIDAD, RESOLUCIÓN O RESCISIÓN

El inciso a) del artículo 12 del RCAN también otorga a la Administración la facultad decretar la caducidad, rescisión o resolución del contrato, prerrogativas que tradicionalmente se le reconocieron a la Administración y que, más allá de la terminología propia de cada contrato, ya estaban previstas en el Decreto-Ley de Procedimientos Administrativos 19.549/72 y en las leyes específicas que regulaban ciertos contratos administrativos.

²⁸⁰ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, op. cit. p. 154 y ss.

²⁸¹ Sobre el tema ver los capítulos 7 y ss. de mi libro *Revocación del contrato de obra pública*, Buenos Aires, Astrea, 2014 y mi comentario al artículo 12 del RCAN en *Contrataciones de la Administración nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.

En cuanto a la cuestión terminológica, cabe señalar que la finalización del contrato puede darse por causas “normales”, como por ejemplo la finalización del plazo o el cumplimiento del contrato, o por circunstancias “anormales”, como la revocación, el rescate, la rescisión o resolución o la caducidad del contrato.

Cuando se habla de revocación del contrato, se hace referencia a la facultad que posee la Administración de extinguir un contrato, que puede darse tanto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia²⁸², como por razones de ilegitimidad.

En cambio el rescate, como causal de extinción, también por razones de interés público, encuentra su ámbito de aplicación en la concesión de servicios públicos y de obra pública, y consiste en la reasunción de la gestión por parte de la Administración (ejecución directa). Solo podrá recurrirse a la figura del rescate en aquellos contratos en que ello sea posible, tradicionalmente se acepta esta prerrogativa en los contratos de “colaboración”, que por la índole de su objeto pueden ser reasumidos por la Administración y cuyo ejercicio, originalmente, compete al Estado; si, en cambio, lo que se quiere hacer es “eliminar” el servicio, la Administración debe recurrir a la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia del contrato²⁸³.

Cuando se habla de rescisión o resolución del contrato se hace referencia a la existencia de “culpa” o “falta”, y la extinción, en estos casos, funciona a modo de sanción²⁸⁴.

²⁸² Cassagne entiende que “cuando la extinción por razones de interés público opera en los contratos administrativos, resulta más adecuado encuadrarla dentro de la resolución o rescisión unilateral sin culpa por razones ajenas al contratista” (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, op. cit., p. 95).

²⁸³ Conf. PRITZ, OSVALDO F. A., El rescate, en AA. VV., *Jornadas “Contratos administrativos” de la Universidad Austral*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 243 y ss.

²⁸⁴ En ese sentido, la Ley 13.064 en su artículo 50 señala que “[l]a Administración nacional tendrá derecho a la rescisión del contrato, en los casos siguientes: a) Cuando el contratista se haga culpable de fraude o grave negligencia o contravenga las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato; b) Cuando el contratista proceda a la ejecución de las obras con lentitud, de modo que la parte ejecutada no corresponda al tiempo previsto en los planos de trabajo y a juicio de la Administración no puedan terminarse en los plazos estipulados; c) Cuando el contratista se exceda del plazo fijado en las bases de licitación para la iniciación de las obras; d) Si el contratista transfiriere en todo o en parte su contrato, se asocia con otros para la construcción o subcontrata, sin previa autorización de la Administración; e) Cuando el contratista abandone las obras o interrumpa los trabajos por plazo mayor de ocho días en tres ocasiones, o cuando el abandono o interrupción sean continuados por el término de un mes...”

Cuando se habla de caducidad del contrato²⁸⁵ se aplica el principio establecido en el artículo 21 del Decreto-Ley de Procedimientos Administrativos 19.549/72, extensible perfectamente al contrato²⁸⁶, y se configura ante el incumplimiento, por parte del contratista, del objeto contractual, no siendo aplicable este instituto a incumplimientos accesorios.

En ese sentido se ha señalado que “la caducidad procede cuando el contratista particular ha incurrido en incumplimiento imputable o atribuible de las obligaciones a su cargo”²⁸⁷ y que “la caducidad pone fin a la ejecución del contrato, extinguiendo la relación contractual, es decir, privando al contratista del ejercicio de los derechos que le habían sido conferidos por el contrato”²⁸⁸.

Dicha caducidad no opera de pleno derecho, sino que la regla es que la Administración debe procurar el cumplimiento del contrato, por lo tanto, debe mediar intimación previa y el otorgamiento de un plazo razonable para que el contratista pueda cumplir con sus obligaciones²⁸⁹.

Pero lo novedoso de este inciso a) del artículo 12 del RCAN es la inclusión de una prerrogativa, en favor de la Administración, para que una vez decretada la caducidad, rescisión o resolución del contrato, determine los efectos de éstas.

Esta prerrogativa debe ser entendida en el sentido de que la Administración sólo

²⁸⁵ La caducidad es un supuesto específico dentro del género “rescisión”.

²⁸⁶ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “El contrato administrativo”, op. cit., p. 102.

²⁸⁷ CSJN, Fallos: 124:171 y 183:116.

²⁸⁸ Conf. CSJN, in re “Canal y Puerto del Oeste SA v. Gobierno nacional s/cobro del importe de obras, tierras y mejoras”, Fallos: 141:190.

²⁸⁹ En ese sentido, el artículo 21 del Decreto-Ley 19.549/72 señala: “La Administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliera las condiciones fijadas en el mismo, pero deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto”.

podrá establecer cuál ha de ser su conducta una vez decidida la caducidad, rescisión o resolución del contrato. En ese sentido, sólo podrá determinar si va a continuar la obra por sí, si va a efectuar un nuevo llamado a licitación, si va a tomar los elementos de la obra, etc.

La Administración no podrá determinar otros efectos jurídicos, respecto de la ex contratista, que los expresamente previstos en el contrato de que se trate o en las leyes que lo regulen. Así, por ejemplo, la Administración no podría modificar, en más o en menos, las consecuencias jurídicas que la Ley de Obras Públicas dispone respecto del contratista una vez producida la rescisión del contrato²⁹⁰.

Además, la última parte de este inciso a) del artículo 12 del RCAN señala que los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 del Decreto-Ley de Procedimientos Administrativos 19.549/72²⁹¹ y sus modificatorias; esto quiere decir que, al igual que cualquier otro acto administrativo, los actos que dispongan la caducidad, resolución o rescisión del contrato, previo cumplimiento de los requisitos esenciales exigidos por ley (artículo 7 del Decreto-Ley de Procedimientos Administrativos 19.549/72), gozarán de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria.

.....

²⁹⁰ En ese sentido, el artículo 51 de la Ley 13.064 dispone: “Resuelta la rescisión del contrato, salvo el caso previsto en el inc. c) del artículo anterior, ella tendrá las siguientes consecuencias: a) el contratista responderá por los perjuicios que sufra la Administración a causa del nuevo contrato que celebre para la continuación de las obras, o por la ejecución de éstas directamente; b) la Administración tomará, si lo cree conveniente y previa valuación convencional, sin aumento de ninguna especie, los equipos y materiales necesarios para la continuación de la obra; c) los créditos que resulten por los materiales que la Administración reciba, en el caso del inciso anterior, por la liquidación de partes de obras terminadas u obras inconclusas que sean de recibo, y por fondos de reparos, quedarán retenidos a la resulta de la liquidación final de los trabajos; d) en ningún caso el contratista tendrá derecho al beneficio que obtuviere en la continuación de las obras con respecto a los precios del contrato rescindido; e) sin perjuicio de las sanciones dispuestas en esta ley, el contratista que se encuentre comprendido en el caso del inc. a) del artículo anterior perderá además la fianza rendida”.

²⁹¹ Artículo 12: “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial— e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.

“Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta”.

VI. MODIFICACIÓN UNILATERAL

Una de las características de los contratos administrativos, que los diferencian de los civiles, es la prerrogativa, en favor de la Administración, de modificar unilateralmente las estipulaciones del contrato, siempre dentro de ciertos límites y con la consecuente obligación de indemnizar.

Mientras que en Derecho Privado rige el principio de inmutabilidad²⁹², no ocurre lo mismo en el Derecho Público, en el cual el fundamento de esta potestad modificatoria radica en el interés público comprometido en el contrato. En función de este interés público, la Administración puede, por ejemplo, aumentar o disminuir las prestaciones a cargo del contratista, puede modificar el plazo de duración (por ejemplo, mediante el rescate del servicio público) o modificar las condiciones de su ejecución, debido a que la Administración no puede quedar indefinidamente ligada a contratos cuyas condiciones de ejecución ya no resultan adecuadas para satisfacer el interés general²⁹³.

La posibilidad de modificar el contrato tiene límites que no deben ser sobrepasados. Como primera condición para que la Administración pueda ejercer esta prerrogativa, es imprescindible que exista un cambio objetivo de circunstancias que justifique el ejercicio de esta potestad, ya que ésta tiene como finalidad garantizar la satisfacción del interés general que tiene a su cargo la Administración²⁹⁴.

Una vez que el interés público determina la necesidad de una modificación de las estipulaciones contractuales, existen dos clases de límites a esas modificaciones: los cualitativos y los cuantitativos.

.....

²⁹² En ese sentido, el artículo 1197 del Código Civil señala que: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

²⁹³ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. III-A, p. 397.

²⁹⁴ DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1965, p. 526.

Dentro de los límites cualitativos, las modificaciones que imponga la Administración no pueden desnaturalizar el contrato.

La jurisprudencia ha dicho que “en este marco, el Estado goza de diversas prerrogativas exorbitantes del Derecho Privado, entre las cuales cobra especial relevancia en el *sub lite* la facultad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato por razones de interés público —conocida tradicionalmente como *ius variandi*— con el único límite de no afectar su sustancia”²⁹⁵.

En ese sentido, debe preservarse su finalidad y la modificación no puede implicar una alteración de su objeto, respetando siempre las garantías constitucionales que pudieran resultar afectadas por las modificaciones introducidas por la Administración²⁹⁶, en especial las garantías del contratista.

La modificación también encuentra sus límites en la necesidad de mantener el equilibrio económico financiero en favor del contratista y en la obligación de la Administración de respetar las garantías constitucionales que pudieran resultar afectadas por la modificación (artículos 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional)²⁹⁷.

En cuanto a las limitaciones cuantitativas que establece el inciso b), éstas ya se encontraban expresamente establecidas en distintos ordenamientos. Así, por ejemplo, en materia de obras públicas, la Ley 13.064 otorga a la Administración la potestad de imponer modificaciones de hasta un veinte por ciento (20%) en más o en menos, siendo obligatorias para el contratista; fuera de ese límite, el contratista se encuentra

.....

²⁹⁵ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 14/12/2004, “Ahumada Rosa Martina v. PEN, ley 25.561 decs. 1570/2001, 214/2002 y 471/2002 s/amparo ley 16.986”.

²⁹⁶ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. III-A, p. 401.

²⁹⁷ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. III-A, ps. 401 y ss.

facultado a pedir la rescisión del contrato²⁹⁸.

En igual sentido, el Derogado Decreto 436/00 facultaba a la Administración a aumentar las prestaciones hasta un veinte por ciento (20%) o disminuirlas en un diez por ciento (10%)²⁹⁹.

Pero con la reforma que introdujo el artículo 5 del Decreto 666/2003, que modificó la redacción del artículo 12 del RCAN, se eliminó el límite que se imponían a dichas modificaciones. Ese tope era de hasta un treinta y cinco por ciento (35%) del monto total del contrato aun mediando conformidad del cocontratante³⁰⁰, lo que fue reestablecido por el punto 1), inciso a) del artículo 100 de la reglamentación en cuanto estipula que en ningún caso las ampliaciones o disminuciones podrán exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del monto total del contrato, aun con el

.....

²⁹⁸ Los artículos de la Ley 13.064 en su parte pertinente señalan: "Artículo 30. Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista... La obligación por parte del contratista, de aceptar las modificaciones a que se refiere el presente artículo, queda limitada de acuerdo con lo que establece el art. 53", y el artículo 53 señala que "[e]l contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, en los siguientes casos: a) cuando las modificaciones mencionadas en el art. 30 o los errores a que se refiere el art. 37 alteren el valor total de las obras contratadas en un 20% en más o en menos..".

²⁹⁹ El artículo 99 del derogado Decreto 436/2000 señalaba: "El organismo contratante, con aprobación de la autoridad competente de acuerdo con el monto de la diferencia, tendrá derecho a: a) Aumentar el total adjudicado hasta un veinte por ciento (20%) o disminuirlo hasta un diez por ciento (10%) de su valor original en uno y otro caso, en las condiciones y precios pactados y con adecuación de los plazos respectivos".

³⁰⁰ El artículo 12, en su texto original, establecía: "Las ampliaciones no podrán exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del monto total del contrato, aun con consentimiento del cocontratante".

consentimiento del cocontratante³⁰¹.

Este tope ya había generado algunas críticas por parte de la doctrina³⁰², y ahora se ve agravado por el hecho de que la ampliación cuantitativa hasta el treinta y cinco por ciento (35%) se ha introducido en la reglamentación cuando ya había sido eliminada en el RCAN tal como hemos visto.

³⁰¹ Artículo 100.- OPCIONES A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN. "El derecho de la jurisdicción o entidad contratante respecto de la prórroga, aumento o disminución de los contratos, en los términos del artículo 12 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, se sujetará a las siguientes pautas: a) Aumentos y Disminuciones: 1. El aumento o la disminución del monto total del contrato será una facultad unilateral de la jurisdicción o entidad contratante, hasta el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el inciso b) del citado artículo 12. En los casos en que resulte imprescindible para la jurisdicción o entidad contratante, el aumento o la disminución podrán exceder el VEINTE POR CIENTO (20%), y se deberá requerir la conformidad del cocontratante, si ésta no fuera aceptada, no generará ningún tipo de responsabilidad al proveedor ni será pasible de ningún tipo de penalidad o sanción. En ningún caso las ampliaciones o disminuciones podrán exceder del TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) del monto total del contrato, aún con consentimiento del cocontratante. 2. Las modificaciones autorizadas en el inciso b) del artículo 12 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, deberán realizarse sin variar las condiciones y los precios unitarios adjudicados y con la adecuación de los plazos respectivos. 3. Los aumentos o las disminuciones podrán incidir sobre, uno, varios o el total de los renglones de la orden de compra o contrato. En ningún caso el aumento o la disminución podrá exceder los porcentajes antes citados del importe de los renglones sobre los cuales recaiga el aumento o la disminución. 4. El aumento o la disminución de la prestación podrá tener lugar en oportunidad de dictarse el acto de adjudicación o durante la ejecución del contrato, incluida la prórroga en su caso o, como máximo, hasta TRES (3) meses después de cumplido el plazo del contrato. 5. Cuando por la naturaleza de la prestación exista imposibilidad de fraccionar las unidades para entregar la cantidad exacta contratada, las entregas podrán ser aceptadas en más o en menos, según lo permita el mínimo fraccionable. Estas diferencias serán aumentadas o disminuidas del monto de la facturación correspondiente, sin otro requisito. 6. La prerrogativa de aumentar o disminuir el monto total del contrato no podrá en ningún caso ser utilizada para aumentar o disminuir el plazo de duración del mismo. b) Prórrogas: 1. Los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever la opción de prórroga a favor de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL, cuando se trate de contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. Los contratos de bienes en los que el cumplimiento de la prestación se agotara en una única entrega, no podrán prorrogarse. 2. La limitación a ejercer la facultad de prorrogar el contrato a que hace referencia el artículo 12 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios será aplicable en los casos en que el uso de la prerrogativa de aumentar el contrato hubiese superado el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el citado artículo. 3. En los casos en que se hubiese previsto la opción de prórroga, los contratos se podrán prorrogar por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando el plazo original del contrato fuere plurianual, podrá prorrogarse como máximo hasta UN (1) año adicional. 4. La prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Si los precios de mercado hubieren variado, la jurisdicción o entidad contratante realizará una propuesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados durante el plazo original del contrato. En caso de no llegar a un acuerdo, no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades. 5. A los efectos del ejercicio de la facultad de prorrogar el contrato, la jurisdicción o entidad contratante deberá emitir la orden de compra antes del vencimiento del plazo originario del contrato".

³⁰² ORTIZ DE ZÁRATE, MARÍA Y DIEZ, HORACIO P., "Perfiles de la contratación administrativa a la luz del dec. delegado 1023/2001", Revista de Derecho Administrativo, N° 43, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, p. 65, quienes han señalado que "al respecto, creemos que no resulta valiosa la solución adoptada por la norma, en cuanto posibilita que la Administración y el contratista acuerden modificaciones de esa magnitud (por sobre el veinte por ciento, y hasta el treinta y cinco por ciento del valor contrato). Nótese que en los supuestos en los que se pacten ampliaciones aplicando el máximo de la escala podrían configurarse alteraciones a la esencia del contrato, las que podrían implicar la concertación de un nuevo acuerdo, el que, como tal, debería ser objeto de un nuevo procedimiento de selección".

Sin perjuicio de ello, toda modificación que efectúe la Administración debe respetar los derechos del contratista, y para ello, como bien señala la norma, la modificación debe efectuarse “en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos” y en caso de que la modificación efectuada por la Administración produzca un aumento de las prestaciones o trabajos, corresponderá abonarle el excedente conforme a los precios y condiciones establecidos en el contrato³⁰³, pero en el caso de que la modificación importase la disminución de las prestaciones o trabajos, corresponderá reducir el importe a abonar en la proporción correspondiente. En este supuesto, ello no generará derecho al contratista a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada³⁰⁴.

La Ley 13.064, en su artículo 38, prevé un supuesto especial, que se da cuando la modificación impuesta por la Administración importa, respecto de un ítem, un aumento o disminución superior al veinte por ciento (20%) del importe de éste. En este caso, tanto la Administración como el contratista tienen derecho a que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo.

En caso de disminución, el nuevo precio se aplicará a la totalidad del trabajo a realizar en el ítem, pero si se trata de aumentos, este nuevo precio se aplicará únicamente a la cantidad de trabajo que exceda el originalmente pactado. De no arribarse a un acuerdo entre los contratantes, la Administración podrá disponer que los trabajos del ítem disminuido o aumentado se lleven a cabo directamente por ella (ejecución por sí) o a través de un nuevo contrato, sin derecho a reclamación alguna por parte del contratista. Si la modificación, en cambio, implica la eliminación total de

.....
³⁰³ En igual sentido, el artículo 30 de la Ley 13.064.

³⁰⁴ Conforme el artículo 30 de la Ley 13.064.

un ítem, el contratista podrá optar por cumplir el contrato en las nuevas condiciones o darlo por rescindido por culpa de la Administración³⁰⁵.

VII. PODER DE CONTROL, INSPECCIÓN Y DIRECCIÓN

Se ha dicho que el poder de dirección y control que tiene la Administración respecto del contratista público existe por “principio” y en consecuencia no necesita de reconocimiento expreso, debido a que la Administración tiene el deber de asegurar la buena marcha de los asuntos públicos y, por ende, le corresponde verificar que la ejecución del respectivo contrato se ajuste a las normas, a las cláusulas de los pliegos, etc.³⁰⁶.

Esta prerrogativa de dirección y control va a variar de intensidad según el contrato de que se trate. Así, por ejemplo, en el caso de los servicios públicos, la Administración tiene un poder amplio para dirigir y controlar el servicio público debido a su naturaleza reglamentaria-contractual³⁰⁷; será de menor intensidad en el contrato de obra pública, donde dicha prerrogativa suele ejercerse a través del libro de órdenes de servicio³⁰⁸; por último, encontramos contratos como el de suministro, donde estos poderes aparecen más atenuados.

Dichos poderes están íntimamente relacionados con el plazo de duración del contrato. Así, en aquellos contratos de larga duración, esos poderes aparecerán fortalecidos y en los contratos de corta duración aparecerán atenuados³⁰⁹.

En materia de servicios públicos, en la que señalamos que el control es de mayor

.....

³⁰⁵ El artículo 38 de la Ley 13.064 señala expresamente que “[l]a supresión total de un ítem, sólo dará al contratista el derecho que le confiere el art. 53”, y el artículo 53 establece que “[e]l contratista tendrá derecho a rescindir el contrato”.

³⁰⁶ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. III-A, p. 394.

³⁰⁷ DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, op. cit., T. II, p. 512.

³⁰⁸ Conf. artículos 28 y 29 de la Ley 13.064.

³⁰⁹ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. III-A, p. 394.

intensidad, el artículo 42 de la Constitución Nacional establece la obligación del Estado de proveer las medidas que aseguren la calidad y eficiencia de los servicios públicos y ha contemplado que la legislación establecerá los marcos regulatorios de dichos servicios públicos³¹⁰.

Se ha señalado que el control que puede ejercer la Administración respecto del contratista puede abarcar cuatro aspectos³¹¹:

- El aspecto material, para determinar si cumple o no con las obligaciones que le impone el contrato.

- El aspecto técnico, para determinar si el contratista cumple con los aspectos especiales o técnicos fijados en el contrato.

- El aspecto financiero, para determinar si cumple con el pago de los subcontratistas, los materiales, la mano de obra, los impuestos y demás tributos³¹², así como todo lo referente a tarifas en el caso de concesionarios de obra, servicios o bienes del dominio público.

- El aspecto legal, para determinar si el contratista cumple con las normas jurídicas que regulan el servicio, la ejecución de la obra, etcétera.

Como se ha dicho, estas potestades, si bien no atañen en forma directa a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, conciernen en definitiva a cuestiones que no resultan neutras para la Administración, debido a que pueden repercutir en el cumplimiento de prestaciones contractuales esenciales o generar

³¹⁰ ORTIZ DE ZÁRATE, MARÍA y DIEZ, HORACIO P., "Perfiles de la contratación administrativa...", op. cit., p. 66.

³¹¹ DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, op. cit., T. II, p. 514.

³¹² Al respecto, el artículo 36 de la Ley 13.064 señala: "El contratista deberá mantener al día el pago del personal que emplee en la obra y no podrá deducirle suma alguna que no responda al cumplimiento de leyes o de resoluciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, y dará estricto cumplimiento a las disposiciones sobre legislación del trabajo y a las que en adelante se impusieran".

algún tipo de responsabilidad refleja del organismo comitente³¹³ o respecto de terceros ajenos a la relación contractual.

En ese sentido nuestra CSJN ha señalado que “los órganos administrativos tienen la potestad irrenunciable de verificar y controlar el cumplimiento efectivo y eficiente del contrato, de modo de impedir que se causen daños a terceros ajenos a su ejecución”³¹⁴.

VIII. IMPOSICIÓN DE PENALIDADES Y SANCIONES

Como lógico corolario de la competencia administrativa de dirección y control corresponde la de sancionar, que se encuentra justificada en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato, y que sólo en casos de extrema gravedad puede consistir en la rescisión del contrato y deben tener como fuente la ley, la reglamentación, los pliegos o el contrato³¹⁵.

Las sanciones, en general, pueden consistir en:

- Sanciones pecuniarias (cláusulas penales, multas o daños y perjuicios);
- Medidas coercitivas provisionales (ejecución directa o por tercero), o
- Medidas represivas definitivas (caducidad o rescisión).

La Administración debe, antes de disponer una sanción, constituir en mora al contratista y para ello deberá, previamente, intimarlo para que dentro de un plazo razonable cumpla con sus obligaciones, a excepción de que se haya previsto expresamente en el contrato la innecesidad de la intimación previa (mora

.....

³¹³ ORTIZ DE ZÁRATE, MARÍA y DIEZ, HORACIO P., “Perfiles de la contratación administrativa...”, op. cit., p. 67.

³¹⁴ Conf. CSJN, 29/06/2004, in re “Roque Reymundo e Hijos SACIFAI v. San Luis, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”.

³¹⁵ MARIENHOFF entiende que las sanciones previstas en el contrato no deben ser entendidas como excluyentes o limitativas, porque la Administración puede imponer otras sanciones requeridas por la índole de la falta cometida (conf. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, op. cit., T. III-A, p. 412).

automática por el mero vencimiento del plazo fijado)³¹⁶, o cuando las circunstancias la tornen inútil atento a la gravedad o particularidad del incumplimiento del contratista.

Las sanciones pecuniarias pueden consignarse como cláusulas penales que consisten en la estipulación *ab initio* de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de alguna obligación contractual, o como multas que facultan a la Administración a disponerlas como consecuencia de incumplimientos contractuales, sin que para ello se tomen en cuenta los daños y perjuicios efectivamente ocasionados y, por ende, sólo tienen como finalidad sancionar conductas o comportamientos.

En ese sentido se ha dicho que comporta un principio de antigua raigambre que —en cuanto sanción auto protectora, es decir, aquella que sustancialmente reposa en la relación especial de sujeción ligada entre concedente-concesionario— la imposición de la penalidad no resulta fatalmente anudada a la existencia previa de un “perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria”³¹⁷ y que en la medida que constituyen fórmulas del Derecho general pueden ser utilizados aquí sin mayores inconvenientes. Y ello es así, porque si se partiera de un distinto orden de ideas habría que concluir —conduciendo el razonamiento hasta sus consecuencias extremas— que aquel incumplimiento que no suscita un “daño” en el sentido que se deja indicado, no merecería reproche sancionatorio, lo cual no puede ser aceptado³¹⁸.

.....

³¹⁶ En ese sentido, el artículo 98 del Decreto 1030/16 establece que: “Si el cocontratante desistiere en forma expresa del contrato antes del plazo fijado para su cumplimiento, o si vencido el plazo de cumplimiento original del contrato, de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que hubiera realizado la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes hubiesen sido entregados o prestados los servicios de conformidad, la jurisdicción o entidad contratante deberá declarar rescindido el contrato sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, salvo en aquellos casos en que optara por la aceptación de la prestación en forma extemporánea de acuerdo a lo previsto en el artículo 93 del presente reglamento” y el artículo 35 de la Ley 13.064, en cuanto señala que “el contratista quedará constituido en mora por el solo hecho del transcurso del o de los plazos estipulados en el contrato”.

³¹⁷ Según la modulación consagrada en los artículos 1068 y 1069 del Código Civil, hoy receptado en los artículos 1737, 1738, 1739 y 1742 del Código Civil y Comercial de la Nación.

³¹⁸ Conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 12/08/1998, “Edesur SA v. Resolución 814/1996 —ENRE— [Exp. 1643/95].

En cambio, los daños y perjuicios consisten en una reparación pecuniaria, aplicable en los casos en que no se ha previsto contractualmente su punición; y atento a que están ligados al concepto de reparación, no pueden ser impuestos sino cuando ha existido un efectivo perjuicio para la Administración.

Las sanciones coercitivas provisionales, en cambio, tienen por finalidad lograr el inmediato y efectivo cumplimiento de las prestaciones asumidas por el contratista y pueden dar lugar, en supuestos de gravedad, a que la Administración sustituya al contratista, ya sea para ejecutar por sí las prestaciones del contrato o para hacerlas ejecutar por un tercero, debido a que este tipo de sanciones se funda en la idea de que los contratos administrativos deben ser cumplidos en razón del interés público comprometido en su ejecución.

Estas sanciones son medidas transitorias y no tienen por finalidad prescindir del contratista, sino reemplazarlo en la ejecución contractual hasta que pueda volver a realizarlo por sí mismo.

Por su parte, las sanciones represivas definitivas, que son las de mayor gravedad, pueden implicar la rescisión o la caducidad del contrato (lo extinguen) y proceden, únicamente, ante faltas graves y cuando no exista posibilidad alguna de que el contratista cumpla con las obligaciones contractuales.

Al respecto se ha dicho que “el poder de resolución unilateral del contrato administrativo por parte de la Administración —en caso de culpa o falta grave del contratista— es una prerrogativa que integra el régimen exorbitante, y que válidamente aquella puede ejercer aun en el caso de no estar expresamente prevista en el contrato, por ser ínsita a todo contrato administrativo”³¹⁹.

Estas sanciones no deben ser aplicadas al contratista en aquellos casos en que el incumplimiento obedezca a causas ajenas a su voluntad, como puede ser el caso

.....
³¹⁹ Conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 02/09/1998, “TECSA SA v. SEGBA SA s/contrato de obra pública”.

fortuito o la fuerza mayor, o por hechos de la propia Administración debidamente acreditados, denunciados dentro del plazo establecido en los pliegos al efecto³²⁰ y aceptados por la autoridad administrativa³²¹.

El RCAN establece que la Administración tendrá la prerrogativa de imponer las penalidades previstas en el régimen, tanto a los oferentes como a los cocontratantes cuando estos incumplieren sus obligaciones. En ese sentido, el artículo 29 señala que los contratistas podrán ser pasibles de las siguientes penalidades:

- Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato.
- Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones.
- Rescisión por su culpa.

.....

³²⁰ Al respecto, el artículo 94 del Decreto 1030/16 establece: "ARTÍCULO 94.- CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. Las penalidades establecidas en este reglamento no serán aplicadas cuando el incumplimiento de la obligación provenga de caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente documentado por el interesado y aceptado por la jurisdicción o entidad contratante o de actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que coloquen al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones. La existencia de caso fortuito o de fuerza mayor, deberá ser puesta en conocimiento de la jurisdicción o entidad contratante dentro de los DIEZ (10) días de producido o desde que cesaren sus efectos. Transcurrido dicho plazo no podrá invocarse el caso fortuito o la fuerza mayor".

³²¹ Conf. artículo 35 de la Ley 13.064.

Con relación a la penalidad consistente en la pérdida de garantía de mantenimiento de la oferta, el inciso a) del artículo 102 de la reglamentación³²² determina dicha pérdida en caso de que el oferente manifieste su voluntad de no mantener su oferta fuera del plazo fijado para realizar tal manifestación, retirara su oferta sin cumplir con los plazos de mantenimiento o en caso de errores en la cotización denunciados por el oferente o detectados por el organismo contratante antes del perfeccionamiento del contrato.

Con relación a la pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato, se ha establecido que se perderá cuando exista incumplimiento contractual, por expreso desistimiento del adjudicatario del contrato antes de los plazos que fija la reglamentación, en caso de no integrar la garantía de cumplimiento del contrato, luego de la intimación cursada por el organismo contratante o por ceder el contrato sin autorización del organismo contratante.

.....

³²² Artículo 102.- CLASES DE PENALIDADES. “Los oferentes, adjudicatarios y cocontratantes serán pasibles de las penalidades establecidas en el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, cuando incurran en las siguientes causales: a) Pérdida de la garantía de mantenimiento de oferta: 1.- Si el oferente manifestara su voluntad de no mantener su oferta fuera del plazo fijado para realizar tal manifestación o retirara su oferta sin cumplir con los plazos de mantenimiento. b) Pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato: 1.- Por incumplimiento contractual, si el cocontratante desistiere en forma expresa del contrato antes de vencido el plazo fijado para su cumplimiento, o vencido el plazo de cumplimiento original del contrato o de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que realizara la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad. 2.- Por ceder el contrato sin autorización de la jurisdicción o entidad contratante. c) Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones: 1.- Se aplicará una multa del CERO COMA CERO CINCO POR CIENTO (0,05%) del valor de lo satisfecho fuera de término por cada día hábil de atraso. 2.- En el caso de los contratos de servicios o de tracto sucesivo, los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever la aplicación de multas por distintas faltas vinculadas a las prestaciones a cargo del proveedor. 3.- En ningún caso las multas podrán superar el CIENTO POR CIENTO (100%) del valor del contrato. d) Rescisión por su culpa: 1.- Por incumplimiento contractual, si el cocontratante desistiere en forma expresa del contrato antes de vencido el plazo fijado para su cumplimiento, o vencido el plazo de cumplimiento original del contrato o de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que realizara la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad. 2.- Por ceder el contrato sin autorización de la jurisdicción o entidad contratante. 3.- En caso de no integrar la garantía de cumplimiento del contrato luego de la intimación cursada por la jurisdicción o entidad contratante, quedando obligado a responder por el importe de la garantía no constituida de acuerdo al orden de afectación de penalidades establecido en el presente reglamento. La rescisión del contrato y la consiguiente pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato podrán ser totales o parciales, afectando en este último caso a la parte no cumplida de aquél. La jurisdicción o entidad contratante se abstendrá de aplicar penalidades cuando el procedimiento se deje sin efecto por causas no imputables al proveedor que fuera pasible de penalidad”.

Con relación a las multas por mora en el cumplimiento de las obligaciones, estas pueden ser graduadas entre el cero coma cinco (0,5) por ciento del valor de lo satisfecho fuera de término por cada diez (10) días hábiles de atraso o fracción mayor de cinco (5) días hábiles y en el caso de los contratos de servicios o de tracto sucesivo los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever la aplicación de multas por distintas trasgresiones vinculadas a las prestaciones a cargo del proveedor.

Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la multa por retardo en el contrato de obra pública tiende a garantizar el cumplimiento en término de las obligaciones asumidas por el contratista y tiene por fin actuar en forma compulsiva sobre el contratante, para compelerlo al más exacto acatamiento de sus obligaciones³²³.

La rescisión por culpa del contratista o adjudicatario se configura cuando el adjudicatario desistiere en forma expresa del contrato antes de vencido el plazo fijado para su cumplimiento o los fijados en la reglamentación, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad.

Tanto la rescisión del contrato como la consiguiente pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato podrán ser totales o parciales, afectando en este último caso a la parte no cumplida de aquel. Como fuera señalado, la rescisión contractual por incumplimiento del contratista queda reservada para los supuestos de incumplimientos graves y exigirá, en principio, la previa constitución en mora y el otorgamiento de un plazo razonable para que el contratista pueda cumplir con sus obligaciones contractuales, salvo que las circunstancias la tornen inútil atento a la gravedad o particularidad del incumplimiento del contratista³²⁴.

.....

³²³ PTN, Dictamen 80/96 del 21/05/1996.

³²⁴ De conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Decreto-Ley 19.549/72, a excepción de los casos en que la mora se produzca en forma automática o el incumpliendo sea de tal gravedad que la torne innecesaria.

Además, la consecuencia jurídica para el caso de que exista la posibilidad de adjudicar el contrato al oferente que siga en el orden de mérito, los daños y perjuicios, en principio, se establecen en la diferencia de monto que deba abonar la Administración al oferente que resulte adjudicatario en segundo término.

Este tipo de penalidades pueden ser aplicadas directamente por el organismo que haya celebrado el contrato (comitente) pero, en cambio, las sanciones definidas en el artículo 29 del RCAN y 106 de la reglamentación, solo pueden ser impuestas por el organismo rector del sistema, es decir, por la Oficina Nacional de Contrataciones, y pueden consistir en:

- Apercibimiento.
- Suspensión.
- Inhabilitación.

Con relación a las sanciones, se establece que el apercibimiento puede aplicarse cuando el oferente manifestara su voluntad de no mantener su oferta fuera del plazo fijado para realizar tal manifestación o retirara su oferta sin cumplir con los plazos de mantenimiento, y cuando se le hubiese desestimado la oferta, salvo en los casos en que se prevea una sanción mayor.

La Administración, además, podrá aplicar la sanción de suspensión para contratar hasta 1 año, cuando al adjudicatario al que se le hubiere revocado la adjudicación por causas que le fueren imputables, cuando se haya intimado para que depositara el valor de la penalidad aplicada y éste no hubiese efectuado el pago en el plazo fijado al efecto, al proveedor a quien le fuere rescindido parcial o totalmente un contrato por causas que le fueren imputables.

La suspensión para contratar por un plazo entre 1 año a 2 años se puede aplicar cuando se constate fehacientemente que el oferente, adjudicatario o cocontratante hubieren incurrido en las conductas descriptas en el artículo 10 del RCAN³²⁵, cuando se constate que el interesado presentó documentación o información falsa o adulterada, cuando el oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por resultar inelegible conforme las pautas de inelegibilidad establecidas en el reglamento, o cuando se le hubiese desestimado la oferta por la causal enumerada en el inciso b) del artículo 66 de la reglamentación³²⁶.

Con relación a la inhabilitación, la reglamentación ha establecido que se le aplicará a aquellos que se encuentren incurso en alguna de las causales de inhabilitación

³²⁵ Artículo 10.- REGLA GENERAL. "En virtud de la regla general consagrada en el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, los procedimientos de licitación pública o concurso público, se podrán aplicar válidamente cualquiera fuere el monto presunto del contrato y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes. El procedimiento de licitación pública se realizará cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos, mientras que el de concurso público cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico-científica, artística u otras, según corresponda. No obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1° del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos".

³²⁶ Artículo 66.- CAUSALES DE DESESTIMACIÓN NO SUBSANABLES. "Será desestimada la oferta, sin posibilidad de subsanación, en los siguientes supuestos: [...]. b) Si fuere formulada por personas humanas o jurídicas no habilitadas para contratar con la ADMINISTRACIÓN NACIONAL de acuerdo a lo prescripto en el artículo 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, al momento de la apertura de las ofertas o en la etapa de evaluación de aquellas o en la adjudicación...".

para contratar establecidas en los incisos b) a h) del artículo 28 del RCAN y durará el tiempo que duren dichas causales³²⁷.

En materia de obras públicas, la Ley 13.064 en su artículo 35 señala que “las demoras en la terminación de los trabajos con respecto a los plazos estipulados, darán lugar a la aplicación de multas o sanciones que serán graduadas por el Poder Ejecutivo”, penalidades estas que serán graduadas en función de la importancia del atraso y que encuentran su límite tanto en la necesidad de su regulación expresa en el contrato para poder ser exigible al contratista, como en la razonabilidad y no confiscatoriedad³²⁸.

Además, la Ley 13.064 establece dos supuestos específicos en que el contratista pierde su garantía. El primer supuesto, cuando el contratista se exceda del plazo fijado para la iniciación de las obras y no proceda el otorgamiento de una prórroga, o que concedida ésta el contratista tampoco diera comienzo a los trabajos, en cuyo caso el contrato quedará rescindido con pérdida de la garantía³²⁹.

.....

³²⁷ Artículo 28. — PERSONAS NO HABILITADAS. “No podrán contratar con la Administración Nacional: a) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas en virtud de las disposiciones previstas en los apartados 2. y 3. del inciso b) del artículo 29 del presente. b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N° 25.188. c) (Inciso derogado por art. 19 de la Ley N° 25.563 B.O. 15/2/2002. Vigencia: a partir de su promulgación) d) Los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena. e) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción. f) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación. g) Las personas físicas o jurídicas que no hubieren cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 24.156. h) Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) durante el tiempo que permanezcan en dicho registro” (inciso incorporado por artículo 44 de la Ley 26.940 B.O. 02/06/2014).

³²⁸ Conf. DRUETTA Y GUGLIEMINETTI, *Ley 13.064 de obras públicas. Comentada y anotada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 268 y ss.

³²⁹ Conf. artículo 50 de la Ley 13.064.

El segundo supuesto, cuando el contratista se haga culpable de fraude o grave negligencia, donde, además de las consecuencias jurídicas ordinarias de toda rescisión culpable³³⁰, pierde la garantía de cumplimiento del contrato.

IX. EJECUCIÓN DIRECTA DEL CONTRATO

Otra prerrogativa habitualmente reconocida a la Administración es la de asumir directamente, por sí, la ejecución del contrato ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.

Esta prerrogativa se encuadra dentro de las medidas coercitivas provisionales, pero puede pasar a ser una medida represiva definitiva en caso de que persistan los incumplimientos del contratista y la Administración se vea obligada a rescindir el contrato o a decretar su caducidad.

Este tipo de medidas tiene como fundamento el interés público comprometido en la obra o en el contrato, y para que ese fin público se cumpla la obra debe terminarse o el contrato cumplirse.

En general este tipo de medidas, que implican que la Administración ejecute directamente la prestación, solo son aplicables a los contratos de colaboración, es decir, en aquellos contratos en los cuales la prestación principal está a cargo del contratista y no, en razón de sus características, al contrato de suministro.

Esta prerrogativa sólo puede ser ejercida por la Administración en aquellos casos en que medie un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista y el interés público exija el imperioso restablecimiento de las prestaciones. De no ser así correspondería, en principio, la extinción del contrato y la selección de un nuevo

.....
³³⁰ Establecidas en el artículo 51 de la Ley 13.064.

cocontratante³³¹.

Cuando el incumplimiento del contratista obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, se ha entendido que la ejecución directa de las prestaciones por parte de la Administración sería sin responsabilidad para aquel, pero si le fuera imputable a éste, el contratista debe responder por los daños y perjuicios que la Administración soportará como consecuencia de la ejecución por sí o como consecuencia de la celebración de un nuevo contrato a fin de ejecutar la prestación no realizada. En estos casos las consecuencias se asimilan a la rescisión por culpa del contratista.

El inciso e) del artículo 12 del RCAN expresamente establece que la Administración, una vez que ha decidido ejecutar la obra por sí o por tercero, podrá “disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor”, pero omite fijar las condiciones en que se hará ese uso de esos bienes propiedad del contratista.

Mucho más claro, aunque no suficiente, resulta el texto del inciso b) del artículo 51 de la Ley 13.064, que señala que resuelta la rescisión del contrato, “la Administración tomará, si lo cree conveniente y previa valuación convencional, sin aumento de ninguna especie, los equipos y materiales necesarios para la continuación de la obra”.

Esto quiere decir que las partes deberán ponerse de acuerdo en el valor de los bienes, pero el RCAN nada dice al respecto. Este silencio debe ser entendido en el sentido de que, previo a disponer de los bienes del contratista, la Administración debe proceder, mínimamente, a inventariar y valorar los bienes del contratista esenciales para la continuación de la obra.

En caso de que el contratista disienta con el valor fijado por la Administración, podrá, en su caso, discutirlo judicialmente; mientras tanto, la Administración

.....
³³¹ En igual sentido, ORTIZ DE ZÁRATE, MARÍA y DIEZ, HORACIO P., “Perfiles...”, op. cit., p. 67.

procederá a utilizar los equipos y materiales indispensables para la prosecución de la obra³³².

Además, dichos bienes y materiales en ningún caso deberán ser utilizados por la Administración para la ejecución de una obra distinta a la que estaban afectados y la devolución de esos equipos deberá hacerse en idénticas condiciones en las que se encontraban al momento de ser tomadas por la Administración³³³.

El contratista no podrá reclamar nada en concepto de desmejoramiento del equipo por su normal utilización, pero sí podrá reclamar el valor locativo de dicho equipo durante el plazo en que la Administración lo utilice, salvo que la Administración decida adquirirlo, en cuyo caso deberá resarcir el valor íntegro del bien en las condiciones en que se encontraba y el precio total de los materiales utilizados por ella³³⁴.

X. LA FACULTAD DE INSPECCIONAR OFICINAS Y LIBROS

En correlación con el inciso c) del artículo 12 del RCAN, que establece la prerrogativa a favor de la Administración de control, inspección y dirección de la respectiva contratación, el inciso f) de ese mismo artículo contempla la facultad de la Administración de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes.

Esta facultad debe ser entendida en el sentido de que la Administración ha de ejercerla a fin de controlar e inspeccionar si el contratista cumple, por ejemplo, con el pago de los salarios de su personal, si cumple con las leyes laborales, impositivas, de seguridad e higiene, ART, etc.

.....

³³² Ya que nuestra Corte Suprema ha entendido que en ningún caso la falta de acuerdo convencional impide la incautación de los bienes, en virtud del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos (Fallos: 182:504).

³³³ MÓ, FERNANDO F., *Régimen...*, op. cit., p. 372 y ss.

³³⁴ Conf. DRUETTA y GUGLIEMINETTI, op. cit., p. 434 y ss.

En ese sentido, el artículo 36 de la Ley 3.064 impone al contratista la obligación de “mantener al día el pago del personal que emplee en la obra” y dar “estricto cumplimiento a las disposiciones sobre legislación del trabajo y a las que en adelante se impusieran”.

Si el contratista no cumple con dicha obligación podrá considerarse, tal como lo prevé el mencionado artículo 36 de la Ley 13.064, como de negligencia grave a los efectos de la rescisión del contrato, y para ello la Administración debe poder inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes³³⁵.

No obstante, esta facultad debe ser ejercida razonablemente, debiendo respetar, en todos los casos, la autonomía de gestión técnica y empresaria del contratista, sin violentar el derecho de propiedad, ya que un ejercicio abusivo o ilegítimo de este derecho podría quebrantar el principio de inviolabilidad de la propiedad privada consagrado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

XI. PRÓRROGA DEL CONTRATO

La facultad de prorrogar el contrato en favor de la Administración debe ser aceptada únicamente cuando las circunstancias o el interés público así lo requieran. La utilización de esta facultad debe estar siempre debidamente fundamentada, señalando en cada caso cuál es el interés público comprometido en que el contrato o la prestación se prorrogue.

Más allá de que la norma no lo señale, es obvio que esta facultad no podrá ser utilizada por la Administración para prorrogar el contrato de un contratista moroso o

.....

³³⁵ Artículo 36: “El contratista deberá mantener al día el pago del personal que emplee en la obra y no podrá deducirle suma alguna que no responda al cumplimiento de leyes o de resoluciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial y dará estricto cumplimiento a las disposiciones sobre legislación del trabajo y a las que en adelante se impusieran. Sin perjuicio de lo establecido en art. 39, toda infracción al cumplimiento de estas obligaciones podrá considerarse negligencia grave a los efectos de la rescisión del contrato por culpa del contratista y en todos los casos impedirá el trámite y el pago de los certificados de obras”.

incumplidor o que haya sido sancionado en el marco del contrato que se pretende prorrogar.

El artículo 12 del RCAN faculta a la Administración a prorrogar el contrato cuando así se hubiere previsto expresamente en el pliego de bases y condiciones particulares de los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. Dicha facultad no procederá ejercerse si se ha hecho uso de la prerrogativa establecida en el inciso b) del artículo 12 del RCAN, es decir, si se ha aumentado de las prestaciones contractuales y solo se podrá ejercer por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando este plazo contractual fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá de un (1) año adicional.

El artículo. 100 de la reglamentación reitera que los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever la opción de prórroga a favor de la Administración Nacional cuando se trate de contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios y que la limitación a ejercer la facultad de prorrogar el contrato a que hace referencia el inciso g) del artículo 12 del RCAN y sus modificaciones será aplicable en los casos en que el uso de la prerrogativa de aumentar el contrato hubiese superado el límite del veinte por ciento (20%) establecido en el citado artículo³³⁶.

XII. CONCLUSIÓN

Con el dictado del RCAN³³⁷, el cual ha merecido críticas tanto de esta parte como

.....

³³⁶ El artículo 12 del Decreto Delegado 1023/01 señala: "La autoridad administrativa tendrá las facultades [...] b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un VEINTE POR CIENTO (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos [...] g) La facultad de prorrogar, cuando así se hubiere previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. La misma no procederá si se ha hecho uso de la prerrogativa establecida en el inciso b) del presente artículo. Se podrá hacer uso de esta opción por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando éste fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional, en las condiciones que se determinen en las normas complementarias".

³³⁷ Aprobado por el Decreto Delegado 1023/01.

de otros autores de la especialidad³³⁸, se han consagrado normativamente y con carácter general las prerrogativas en favor de la Administración que se han analizado a lo largo de este capítulo y que ahora resultan aplicables a todas las contrataciones en que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley 24.156, salvo las expresamente excluidas³³⁹.

El cuestionamiento más grave que merece el RCAN es haber excedido, claramente, el marco de la delegación³⁴⁰ que efectuara el Congreso de la Nación a través de la Ley 25.414 para mejorar la competitividad³⁴¹ y que sirviera de excusa para que el Ejecutivo pretendiera cercenar el derecho de propiedad al establecer una responsabilidad acotada en materia de revocación del contrato por razones de interés público, vedando la posibilidad de reclamar el lucro cesante padecido³⁴².

Dicho RCAM ha sido reglamentado, como se señalara, por el Decreto 1030/16 denominado Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración

³³⁸ Ver el capítulo 12 de mi libro *Revocación del contrato de obra pública*, op. cit. y la opinión de MERTEHIKIAN, EDUARDO, en "Revocación por oportunidad de contratos de Infraestructura y resarcimiento del lucro cesante (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado Nº 1023/01)", Revista del Régimen de la Administración Pública (RAP), Nº 320, p. 17 y ss. e ISABELLA, DIEGO, "El lucro cesante frente a la responsabilidad por actividad lícita del Estado, su regulación en la ley de emergencia económica y en el decreto delegado 1023/01", Revista de la Administración Pública, Nº especial "Régimen de contrataciones y Compre nacional", Nº 28, p. 47.

³³⁹ Conf. artículo 5 del Decreto Delegado 1023/01: "Quedarán excluidos los siguientes contratos: a) Los de empleo público. b) Las compras por caja chica. c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumentó que acredite la relación contractual, y las facultades de fiscalización sobre ese tipo contratos que la Ley Nº 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control. d) Los comprendidos en operaciones de crédito público".

³⁴⁰ Para ampliar ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, T. II, p. 272 y MERTEHIKIAN, EDUARDO, "Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento del lucro cesante (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el decr. delegado 1023/01)", Revista del Régimen de la Administración Pública, Nº 320, p. 17.

³⁴¹ La Ley 25.414 en su artículo 1, inciso II, apartado e, establece: "Facúltase al Poder Ejecutivo nacional al ejercicio de las siguientes atribuciones [...] II. emergencia pública: [...] e) dar continuidad a la desregulación económica derogando y modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía".

³⁴² Para ampliar ver el capítulo 12, apartado f) de mi libro *Revocación del contrato de obra pública*, op. cit., titulado "La delegación legislativa y la pretendida regulación del derecho de propiedad".

Nacional con las particularidades y excesos reglamentarios apuntados, especialmente los referidos a la facultad de la Administración de aumentar hasta un 35% el monto del contrato cuando ello ya había sido eliminado del RCAN³⁴³, tal como se analizara, o la reinstauración de las cuestionadas garantías de impugnación del dictamen de evaluación de las ofertas y de preselección³⁴⁴ cuando el RCAN no las estipulaba y la PTN las desaconsejaba, tal como lo hemos señalado en su oportunidad³⁴⁵.

Quizá la importancia del tema merezca que nuestros legisladores y gobernantes efectúen una regulación unificada, coherente y, sobre todo, que respete los derechos constitucionales involucrados. Ello quizá sea la mayor asignatura pendiente en la materia.

³⁴³ Conf. artículo 100 del Decreto 1030/16.

³⁴⁴ El artículo 78 del Decreto 1030/16 establece, en este sentido, dos garantías específicas, a mi entender y como ya señalara ilegítimas, referidas a la impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas equivalente al 3% del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato y de impugnación al dictamen de preselección por el monto determinado por la jurisdicción o entidad contratante en el pliego de bases y condiciones particulares.

³⁴⁵ Ver mis comentarios al Dictamen de la PTN 257:151 de fecha 3 de mayo de 2006, titulado "El fin de las garantías de impugnación" publicada en el Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley del día 28/12/2006 (LL 2007-A, p. 258 a 261) y mi comentario al Decreto 1013/08 del GCBA, titulado "Una nueva victoria de la inconsistencia en el derecho administrativo, esta vez, sobre las garantías de impugnación" publicada en el Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley del día 09/02/2009 (LL 2009-A, p. 1176 a 1178). Para ampliar ver DRUETTA, RICARDO T., "Garantía de impugnación en los procesos de selección de selección del cocontratante. Su incompatibilidad con los principios fundamentales del Procedimiento Administrativo", en *Procedimiento Administrativo*, 1998, Ed. Ciencias de la Administración Pública, p. 24 y ss. Recordemos que la Procuración del Tesoro de la Nación, a través de Dictamen 257:151 de fecha 3 de mayo de 2006, había considerado que la aceptación de una cláusula como la referida, afectaría el carácter gratuito del procedimiento administrativo, así como el hecho de que carecen de sustento fáctico por cuanto no corresponde fundarlas en el desaliento de impugnaciones dilatorias, atento el efecto no suspensivo de éstas, advirtiendo, además, que el reintegro de dicho depósito quedaba sujeto a la exclusiva voluntad y decisión del órgano cuyo acto se impugnaba, por lo que termina su pérdida configurando una especie de condena en costas impuesta, en definitiva, no por un tercero imparcial e independiente.

CAPÍTULO V

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EFECTOS. SANCIONES

GUIDO JULIÁN DUBINSKI

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como finalidad investigar de modo concreto los efectos del incumplimiento del contrato administrativo, como así también explorar el ámbito sancionatorio que se materializa en las llamadas prerrogativas de poder público que ostenta el Estado como sujeto contratante.

Un primer aspecto relevante a considerar es que es un deber ineludible de toda entidad contratante procurar y exigir que el contrato se realice oportunamente y conforme a las condiciones técnicas, económicas y financieras previstas al momento de su perfeccionamiento.

No se trata, pues, de la evidente carga pública de exigir el cumplimiento íntegro del contrato. De tal manera, las entidades y jurisdicciones no deben permitir que se alteren, sin causa legal justificativa, las condiciones sustanciales del acuerdo, pues así lo establecen los principios de igualdad y de la inmutabilidad del contrato.

Dentro de estas condiciones esenciales a las que hemos hecho referencia, podemos situar al plazo de ejecución de la obligación, y a la calidad de los bienes o servicios que deben proveerse.

Como luego analizaremos, la calificación jurídica establecida en el Régimen de Contrataciones –Decreto Delegado 1023/01– engloba dentro de un mismo género –penalidades– a las diversas consecuencias que pueden suscitarse en la vida contractual

y precontractual, conforme los distintos tipos normativos previstos para regular sus consecuencias propias.

Por otra parte, algunas de las penas que pretenden corporizarse en la norma no escapan a la naturaleza jurídica propia de los acuerdos obligacionales, cuya génesis trasciende aún la especie de los típicos contratos administrativos.

Ello pues, cabe considerar, que las prerrogativas de poder público y la finalidad propia ceñida a la satisfacción de intereses generales serán notas características de los contratos celebrados por las entidades y jurisdicciones del sector público nacional³⁴⁶, empero, tal generalización no implica en modo alguno asignar conceptos distintos a la figura jurídica contractual y sus potenciales efectos.

Entendemos entonces que la potestad represiva del Estado en sus relaciones contractuales con terceros, sea otro sujeto estatal o una persona humana o jurídica, debe construirse sobre las bases generales del Derecho; ello por cuanto éste regula las consecuencias propias de los incumplimientos de los contratos civiles y comerciales y considerando, además, que aun tratándose del Derecho Público existe una vinculación inexorable con las otras ramas del Derecho.

De este modo, diversas situaciones pueden alterar la sustancia propia de las obligaciones sinalagmáticas asumidas, a saber, la falta de identidad entre el bien entregado y el ofertado, la deficiencia en el servicio prestado, la demora en la obra pública acordada o el retiro de la oferta *ante tempus*; verificándose en cada caso consecuencias diversas, y será el Estado quien, en definitiva, podrá discrecionalmente resolver entre las posibilidades que brinda el régimen la que mejor se ajuste a las finalidades de interés general que propugna.

En efecto, y con ánimos de ejemplificar lo referido en el párrafo anterior, si una unidad operativa de contrataciones de un Ministerio adquiere computadoras, el

.....
³⁴⁶ Conf. artículo 8 de la Ley 24.156 que define que sujetos integran el sector público nacional.

proveedor estatal deberá entregar el mismo modelo que cuente con las características ofertadas y que sirvieran de base para la posterior adjudicación; así también, deberá proveer la cantidad a la que se obligara y dentro del plazo pactado; de la misma manera, en la prestación de un servicio de limpieza debe constatarse la cantidad de personal afectado a la prestación del mismo –el cual debe respetar los parámetros del pliego y oferta–, el cumplimiento del horario respectivo, la provisión de los productos necesarios para la adecuada prestación del servicio, y, lógicamente, la verificación del cumplimiento de la finalidad prestacional convenida –será la pulcritud y limpieza de las dependencias estatales–³⁴⁷.

En materia de obra pública, deberá reflejarse el cumplimiento del plan de trabajos y la curva de inversiones presentada, conjuntamente con el proyecto aprobado sobre el que se sustentara la contratación, haciendo hincapié en el respeto de los plazos secuenciales o conclusivos de la obra.

En cuanto a los incumplimientos –condición *sine qua non* de la sanción– la Corte Suprema de la Nación ya ha establecido que esta se integra a la norma como un elemento principal, destinado a obtener el respeto de sus imperativos³⁴⁸.

En este contexto, la potestad sancionatoria administrativa consiste en la atribución otorgada a la Administración Pública, derivada directamente de la ley formal, de concretar o perfeccionar la creación de infracciones y sanciones e

³⁴⁷ Ha dicho prestigiosa doctrina que: "... el propósito de alcanzar de manera inmediata la satisfacción de los fines e intereses públicos define un principio especial en esta materia: el principio general de prevalencia del fin sobre el objeto del contrato, que establece que "lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés público; se trata, ante todo, de construir la obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir, de facilitar a la administración las cosas muebles que ha menester. Si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligada" (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 14a ed., Navarra, Thomson Civitas, Editorial Arazandi S.A., 2008).

³⁴⁸ Fallos: 304:1662.

imponerlas a las personas físicas o jurídicas que están sometidas a ella, de una u otra manera³⁴⁹.

Algunos autores entienden que, desde el punto de vista de su encuadre científico, este saber se halla en una zona de nadie, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, abandonado por los cultivadores de uno y otro con el pretexto de que era más propio del otro bando³⁵⁰.

Otra doctrina ha categorizado a la sanción administrativa como de carácter retributivo, toda vez que la consecuencia dañosa para el infractor de una norma no tiene como meta el restablecimiento de la situación anterior o al resarcimiento sustitutivo del daño causado, lo que constituye de modo genérico una sanción penal³⁵¹.

En este orden de ideas, también constituye fuente del Derecho Administrativo la jurisprudencia emanada de los Tribunales Internacionales que aplican los Tratados de Derechos Humanos (Comisión y Corte Interamericana), que asimismo determinan armónicamente la interpretación de dichos instrumentos y establecen las condiciones de su vigencia; así, en la causa “López Mendoza vs. Venezuela”³⁵² de la CIDH, se ha incorporado al principio de legalidad la exigencia de previsibilidad por el infractor como condición de la aplicación de una sanción administrativa y/o penal³⁵³.

En la causa “Volcoff”³⁵⁴ el Tribunal cimero dijo que:

.....

³⁴⁹ GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 576.

³⁵⁰ NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 15.

³⁵¹ CARRETERO PÉREZ, ADOLFO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2a ed., Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 1995, p. 7 y ss.

³⁵² CIDH, del 02/11/11.

³⁵³ GARCÍA PULLÉS, op. cit, p. 592.

³⁵⁴ Fallos: 334:1241.

“La discusión acerca de la posibilidad de que en el derecho administrativo pueda pensarse una conducta inculpable –responsabilidad objetiva– o sancionarse un comportamiento si sólo se ha acreditado un daño potencial al bien jurídico, presupone la existencia misma de la prohibición legal, cuestiones que conformarían un debate posterior, pues no debe confundirse el respeto al principio de legalidad con la posibilidad de que en el derecho administrativo la ley previa tenga un contenido menos restrictivo que en el derecho penal –allí entraría en debate el principio de reserva– o que pueda pensarse a quien no pueda serle reprochable la conducta –estaría así en juego el principio de culpabilidad–, mas concebir que en el ámbito del derecho administrativo no resulte necesario que la conducta punible deba estar siquiera prevista como infracción, constituye una interpretación inadmisibles”.

En el mismo sentido, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación³⁵⁵ tiene dicho que la inexistencia de norma previa que establezca una sanción disciplinaria específica resultaría violatoria del principio de legalidad de las penas consagrado en el artículo 18 de la CN.

Por ello, entendemos que la potestad sancionatoria de la Administración Pública dentro del marco precontractual y contractual se enmarca dentro de las amplias facultades que establece el Régimen General de Contrataciones en el ámbito Nacional, Decreto Delegado 1023/2001, que en su artículo 12 prevé que “la autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual [...]. *d) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones...*”.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal tiene dicho: “Las sanciones pecuniarias en materia contractual administrativa precisan

.....
³⁵⁵ PTN, Dictámenes: 221:102.

—en principio— su fuente en el ordenamiento positivo o en las cláusulas contractuales (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III A, 4a ed., edit. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 412 y sigs. Botassi, Carlos Alfredo: 'Potestad sancionatoria en la contratación administrativa', en AA. VV.: *Contratos administrativos*, edit. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pp. 259 y sigs. Ver asimismo: Espinoza Molla, Martín R.: 'La potestad sancionatoria del Estado originada en el incumplimiento contractual. Una visión integradora', comentario a la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires *in re* 'Ascensores Servas', 23/02/2005. Revista Lexis Nexis Buenos Aires, 2006-555)" (del voto del juez COVIELLO, considerando 10)³⁵⁶.

Sin perjuicio de lo señalado, no propugnamos una amplitud que derive en un poder amplio, ilimitado e irreflexivo, pues debe estarse siempre a la razonabilidad en todo el actuar de la Administración Pública y, en consecuencia, la potestad derivada de las normas atributivas de competencia no pueden soslayar la inherente posibilidad de ponderación de las distintas circunstancias a fin de una graduación de las penas³⁵⁷.

De esta manera, queda delimitada en la normativa el contexto dentro del cual el órgano comitente puede imponer una sanción, facultad que se circunscribe a la condición apodíctica de la previa inserción en los pliegos de bases y condiciones que regirán el procedimiento selectivo, y el futuro acuerdo obligacional —si no se encuentra previsto en el Régimen de Contrataciones aplicable— de las condiciones y requisitos que permitan verificar la existencia de una falta.

En efecto, entendemos que no basta que la norma —entendida esta en su sentido material— prevea la potestad de aplicar una sanción, sino que debe especificarse

³⁵⁶ Sala I, 21/09/07, "Edelar S.A. c/ SE y M Resol 41/01-ENRE Resol 1576/98 (Ex 3638/97)".

³⁵⁷ La jurisprudencia dijo oportunamente: "Los órganos administrativos tienen asignadas potestades para rescindir los contratos calificando unilateralmente las situaciones de incumplimiento (cfr. fallo plenario 'Petracca', del 24/04/86; Cassagne Derecho Administrativo, T. II, ps. 18/23; BARRA, *Contrato de Obra Pública*, T. I, p. 36)" (Conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 01/02/00, "Bramco S.A. c/ B.C.R.A. s/ contrato administrativo", Expte. 52.564/95).

eventualmente a través de los pliegos de bases y condiciones, generales o particulares, qué situaciones derivarán en la aplicación de una sanción y de qué clase³⁵⁸.

Del mismo modo, resulta conveniente establecer una instancia de defensa para que el oferente o contratista –siempre que la situación lo amerite– pueda ejercer un descargo acerca de la conducta asumida previo a la emisión del acto sancionatorio.

En este sentido, cabe señalar que la aplicación de la sanción por el órgano comitente a un sujeto privado tendrá como corolario las debidas garantías para el administrado para poder aplicar todas las herramientas que hagan a su debido derecho de defensa. La Ley 19.549 ha establecido en su artículo 1 que la Administración se encuentra compelida a respetar el debido proceso adjetivo, que comprende el derecho a ser oído³⁵⁹, derecho a ofrecer y producir pruebas³⁶⁰, y el derecho a una decisión fundada³⁶¹.

Por ello, en caso de aplicación de una sanción por parte de un órgano estatal, podrá el administrado ejercer sus derechos apelando a las vías impugnatorias típicas. No obstante ello, no vale la teorización sobre las garantías de los particulares cuando, en rigor de verdad, la vía recursiva se ha tornado en un requisito casi inútil y burocrático como medio efectivo de rever la actuación estatal.

.....

³⁵⁸ Conf. el citado precedente de Fallos: 334:1241, en donde se dijo que “sólo aquello previsto como infracción puede ser pasible de una respuesta sancionatoria”.

³⁵⁹ De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.

³⁶⁰ Debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio

³⁶¹ De que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

No es ocioso recordar que las garantías del proveedor/contratista encuentran sustento en la propia génesis del Estado de Derecho, que suponen el equilibrio entre las prerrogativas estatales y aquellas garantías.

Podrá también, eventualmente, recurrirse al órgano judicial a fin de someter la decisión del órgano Administrativo a la justicia, de conformidad con lo resuelto en el conocido caso “Fernández Arias”³⁶², y máxime cuando el órgano rector de las contrataciones³⁶³ –que resulta competente para la aplicación de las sanciones que prevé el Régimen de Contrataciones– recurre a una aplicación mecánica de la norma, lo que redundará en muchos casos en situaciones injustas de castigos desproporcionados.

II. MARCO LEGAL. RÉGIMEN DE INFRACCIONES CATALOGADAS COMO SANCIONES Y PENALIDADES

Como *ut supra* expusieramos, el artículo 12 del Decreto Delegado 1023/2001 representa la piedra basal sobre la que se apoya la potestad para aplicar sanciones a los proveedores y contratistas del Estado.

La norma en cita ciñe de manera concreta el bloque de legalidad que estatuye y cimenta las potestades sancionatorias. Se deduce de lo expuesto que la facultad sancionatoria no es una potestad ilimitada desprovista de sustento legal y sujeta a la voluntad del funcionario³⁶⁴. Ello se relaciona con lo dicho en la Introducción del presente capítulo.

³⁶² Fallos: 247:646.

³⁶³ El artículo 23 inciso a) del Decreto Delegado 1023/01 prescribe: “El Órgano Rector será la Oficina Nacional de Contrataciones o el organismo que en el futuro la reemplace, el que tendrá por función proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en el artículo 29, inciso b) del presente régimen...”.

³⁶⁴ DUBINSKI, GUIDO JULIÁN, “Las Facultades Sancionatorias en los Contratos Administrativos”, en *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2013, p. 758.

Cabe efectuar una distinción relevante en cuanto al poder coactivo de la Administración en la materia en trato, pues si se trata de un contrato interadministrativo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha referido que:

“El Convenio de Recaudación Bancaria suscripto entre la Administración Federal de Ingresos Públicos y el Banco de la Nación Argentina es un contrato interadministrativo,- que persigue la satisfacción del bien común y no el fin de lucro de una o ambas partes, está regido por los principios de cooperación y unidad de acción del Estado y al que, por ende, no le son aplicables sin más las disposiciones del Código Civil concebidas esencialmente para regular la relación jurídica entre particulares. En consecuencia, la única solución que se presenta como razonable, consiste en la remisión al mecanismo que prevé el artículo 37 de la Ley N° 11.683 (t.o. Dec. N° 821/98) para los supuestos de créditos no litigiosos. Por ello, corresponde hacer lugar al reclamo interpuesto por la AFIP, debiendo el BNA abonar la suma que, en definitiva, resulte de aplicar al monto inicialmente adeudado la tasa de interés a que se refiere el mencionado artículo”³⁶⁵.

Agregando, también, que “es contrario a la lógica y el buen sentido admitir que el Estado y sus entidades pueden aplicarse recíprocamente sanciones, ya que el Estado es uno solo y por consiguiente un razonamiento como el indicado implicaría que éste se aplique sanciones a sí mismo, lo que constituye un verdadero despropósito que la correcta hermenéutica no debe aceptar. Los efectos patrimoniales de las mencionadas sanciones revierten, en definitiva, al propio Estado”³⁶⁶.

De tal manera, verificado que sea por la Administración Pública un incumplimiento culpable del contratista estatal (ya sea por no entregarse en plazo el bien adquirido, o entregarse algo de distinta calidad de la ofertada, o entregarse menos cantidad, o no entregar el producto adjudicado, o no prestar el servicio conforme los requisitos del pliego de condiciones), o bien, no mantenerse la oferta

³⁶⁵ Dictámenes: 279:286. El conflicto fue resuelto dentro del marco de la Ley 19.983 que establece que las contiendas de carácter pecuniario entre organismos del Estado de hasta cien mil pesos se someterán a la decisión definitiva e irrecorrible del Procurador del Tesoro de la Nación; la decisión será tomada por el Poder Ejecutivo cuando supere el monto antes indicado.

³⁶⁶ *Ibidem*.

durante el plazo legal exigido, el régimen general de contrataciones prevé en su articulado distintas penalidades y sanciones a aplicarse a aquellos que no satisfagan sus obligaciones sinalagmáticas³⁶⁷ del modo en que se ha pactado.

El Régimen de Contrataciones divide su articulado entre penalidades y sanciones, las cuales no se superponen, determinándose en qué casos se aplicarán cada una de ellas; en este punto, cabe señalar que la reglamentación de la potestad punitiva (penalidades) ofrece distintas alternativas discrecionales para las diferentes entidades y jurisdicciones ante la falta efectiva de satisfacción de las obligaciones convenidas.

Sin embargo, la rigidez de la reglamentación impide contemplar ciertas cuestiones que podrían derivar en un tratamiento distinto mitigando las consecuencias nefastas en términos económicos para quien se pretende sea un colaborador de la Administración³⁶⁸.

A nuestro entender, sin embargo, algunas de las penalidades previstas constituyen efectos propios de los contratos, tal como señaláramos en la introducción del presente capítulo, por cuanto debe entenderse que, ante un incumplimiento del contratista, el Estado contratante se encontraría facultado para rescindir el vínculo por culpa de aquel proveedor remiso a cumplir, sin necesidad de que ello se encuentre contemplado en la normativa específica de los contratos públicos, pues la potestad de

.....

³⁶⁷ Dubinski, Guido Julián, op. cit., p. 760.

³⁶⁸ En un trabajo previo, hemos expresado que tal concepto de colaborador se encuentra en crisis. Ver DUBINSKI GUIDO y CARDACI MÉNDEZ, ARIEL, “Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (A La Sombra De Ing. Omega)”, Revista La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo, 08/11/2010, p. 56.

generar el distracto se enmarca dentro de las previsiones normales de los contratos (privados y públicos)³⁶⁹.

La doctrina ha expresado que la circunstancia de haberse establecido los supuestos que autorizan a la administración a rescindirlo, “no significa que no pueda rescindírselo por otros supuestos distintos a los expresamente contemplados; si así no fuere, se estaría en presencia de una renuncia de la Administración a rescindir el contrato, lo cual carecería de validez, por cuanto esta prerrogativa –como todas las que impliquen cláusulas exorbitantes virtuales o implícitas del Derecho Privado– son irrenunciables, pues no se trata de derechos de la Administración Pública, sino de potestades de esta”³⁷⁰.

En efecto, las penalidades que la norma establece como tales resultan consecuencias derivadas de la ejecución deficiente, o inejecución, de los contratos administrativos celebrados, pues es evidente que si el cocontratante de la Administración no cumple, el efecto inmediato podrá ser la extinción del vínculo contractual por falta de cumplimiento de aquel proveedor en el caso de que el órgano estatal así lo resolviese, o bien, la imposición de una multa por mora –en caso de cumplimiento tardío– siempre que los parámetros objetivos para su aplicación se hallaren previstos en el bloque normativo contractual.

Consistente con esta doctrina, el Tribunal Supremo español ha señalado que “cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una

.....

³⁶⁹ En un precedente del Fuero Contencioso Administrativo, Sala I: “El contrato de obra pública es de resultado, y ante la renuncia de los contratistas a finiquitar totalmente los trabajos, no queda a la comitente otra alternativa que extinguir el vínculo, en ejercicio del poder de distracto que, aun cuando no esté expresamente contemplado en el convenio, constituye una prerrogativa de la Administración, por estar ínsita en todo contrato administrativo; siendo que si el plazo de entrega es una condición esencial del contrato, aceptada por ambas partes, los hechos posteriores –ajenos a la relación contractual– no pueden ser atendidos para valorar las circunstancias que, en su oportunidad, decidieron el distracto (Fallos: 322:3139) (Del voto del juez Coviello, Cons. VIII.3)”, 18/06/10, “Ricardo A. Buceta Construcciones SA c/EN -M° O y SP- Servicio Nacional de Arquitectura s/contrato de obra pública”, Expte. 7.059/99.

³⁷⁰ BERCAITZ, MIGUEL A., *Teoría General del Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 569.

sanción, en sentido estricto, por lo que no es procedente aplicar a su imposición el procedimiento sancionador legalmente establecido al efecto”³⁷¹. Esta postura también sigue la legislación alemana, que regula expresamente este tipo de sanciones en los contratos públicos (aunque en particular en los de construcción) como una cláusula penal, estableciendo ciertos elementos para su aplicación³⁷².

II.1. Penalidades

En este contexto, la normativa nacional³⁷³ establece lo siguiente: “Los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes penalidades [...] Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato; ii) Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones, iii) Rescisión por su culpa”.

Infra desarrollaremos cada una de ellas.

II.1.1. Pérdida de garantía de mantenimiento de oferta o de cumplimiento de contrato

La esencia de la garantía radica en el afianzamiento de la obligación que impone la normativa, compeliéndose a los oferentes y contratistas a respetar la palabra empeñada en cuanto a la debida satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo previsto y formas preestablecidas.

De esta manera, los oferentes o proveedores –en un procedimiento selectivo o vínculo contractual–, deben constituir aquellas garantías, sea de mantenimiento de oferta o de cumplimiento de contrato, a fin de cumplimentar las exigencias normativas

.....

³⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de octubre de 1995.

³⁷² CAMILO LLEDÓ VELOSO y JOSÉ PARDO DONOSO, Revista de Derecho Público Chile, Vol. 82, 1° Sem, 2015, pp. 53-77, <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/search>.

³⁷³ Artículo 29, Decreto Delegado 1023/2001.

que a la postre obran como requisitos esenciales para consolidar la oferta y el acuerdo bilateral.

En este marco, la garantía representa la tasación del eventual daño y perjuicio que pudiere provocar el obligado con su conducta desaprensiva, sea por desistir de su oferta, o bien, por incumplir total o parcialmente el contrato.

Si bien puede entenderse que puede obrar como un elemento disuasivo de un eventual incumplimiento, lo cierto es que es una penalidad (represiva) que se impone ante la verificación de determinadas acciones u omisiones en la etapa precontractual y contractual.

a.1. El primero de los casos al que haremos referencia se circunscribe a los oferentes que desisten de su oferta sin haber transcurrido el plazo legal de mantenimiento de la misma –de 60 días corridos– o, encontrándose prorrogada automáticamente por un plazo similar, procedan a su desistimiento³⁷⁴.

Habitualmente los oferentes incurren en la mala práctica de expresar que desisten de su oferta cuando, en realidad, la intención es manifestar que no la continuarán manteniendo una vez vencido el plazo legal, adquiriendo especial relevancia en tales circunstancias la aplicación precisa de la terminología adoptada por la norma, pues válido resulta retirarse del procedimiento selectivo una vez vencido el plazo –lo que no acarrea penalidad–, empero, lo que no puede hacerse es retirar la oferta intempestivamente durante el plazo de mantenimiento sin aguardar la conclusión de aquel período de tiempo.

a.2. Por su parte, la garantía de cumplimiento de contrato se hace efectiva ante la rescisión parcial o total del citado acuerdo por culpa del proveedor, resultando afectada dicha fianza proporcionalmente, o bien podría afectarse ésta a las eventuales multas que pudiesen aplicarse durante la vigencia del contrato.

.....
³⁷⁴ Conf. artículo 54, Decreto 1030/2016.

II.1.2. Multa por mora

Para el caso en que el suministrador demore en entregar los bienes o en la prestación del servicio, el régimen prevé una multa de cero coma cero cinco por ciento (0,05%) del valor de lo satisfecho fuera de término por cada día hábil de atraso y, para el caso de los servicios, establece que los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever la aplicación de multas por distintas faltas vinculadas a las prestaciones a cargo del proveedor.

En la legislación anterior, específicamente la Resolución 834/2000 (abrogada por el Decreto 893/2012) denominada Pliego Único, se preveía una multa del 3% del valor de lo satisfecho fuera del término originario del contrato, por cada siete días de atraso o fracción mayor de tres días, es decir un 12% mensual, lo que equivalía a un interés punitivo del 144% anual³⁷⁵, acto de alcance general lesivo de la razonabilidad y proporcionalidad que debe regular la actuación de los órganos y sujetos estatales.

La PTN tiene dicho que “con relación al contrato de suministro, las facultades sancionatorias de la Administración Pública se caracterizan por ser amplias y, además, porque por lo común son ejercidas con severidad, de manera estricta. La multa por retardo tiende a garantizar el cumplimiento en término de las obligaciones asumidas por el contratista. La multa tiene por fin actuar en forma compulsiva sobre el contratante, para compelerlo al más exacto acatamiento de sus obligaciones”³⁷⁶.

Vale acotar aquí que la severidad que impulsa la actividad estatal reflejada en la jurisprudencia administrativa aludida, tiene como corolario necesario una estructura normativa rígida carente de escalas graduales palpables y útiles.

.....

³⁷⁵ Ver al respecto, nuestra crítica a dicho régimen, en Dubinski, Guido, “Los proveedores y el Estado. Mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el ámbito nacional. El Régimen Nacional Decreto 436/2000 y la ilegitimidad del art. 25 de la Resolución N° 834/2000 MECON”, EL DIAL (www.eldial.com), Suplemento de Defensa del Usuario y del Consumidor y de la Regulación de Servicios Públicos -Año 2008- Suplemento Mensual febrero-01/02/2008.

³⁷⁶ Dictámenes: 262:548.

La nueva reglamentación –Decreto 1030/2016–, prevé³⁷⁷ que en los casos en que el cocontratante ejecute la prestación fuera de plazo y la jurisdicción o entidad contratante la acepte por aplicación del principio de continuidad del contrato, también corresponderá la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.

Sin embargo, ello no puede dar lugar a situaciones absurdas e irrazonables, como en el caso de que el monto de la multa sobrepase al monto establecido por la pérdida de garantía de contrato –en el supuesto de que el proveedor cumpla tardíamente con la prestación y el órgano estatal lo acepte³⁷⁸–; sin embargo, tal discordancia no ha merecido tratamiento adecuado en la reglamentación, pues, se establece que en ningún caso las multas podrán superar el cien por ciento (100%) del valor del contrato³⁷⁹.

De manera que podría resultar más ventajoso para un proveedor incumplir totalmente el contrato y perder el diez por ciento (10%) del valor total del mismo (garantía de cumplimiento de contrato), que cumplir tardíamente y poder perder hasta el cien por ciento del valor total del contrato, situación totalmente absurda y lesiva de la razón³⁸⁰.

³⁷⁷ Artículo 93.

³⁷⁸ Al respecto, eso fue lo que se planteó en la causa “Formato S.A. c/ E.N. – M^o Defensa – Resol. 834/00 – Acto ADN 225/08”, C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, Expte. 21010/2009, aun cuando el holding de fallo impidió el debido tratamiento de la cuestión.

³⁷⁹ Conf. artículo 102 inciso c) apartado 3 del Decreto 1030/2016.

³⁸⁰ Tal cuestión fue analizada por la PTN en Dictámenes: 266:122, por conducto de una consulta de la Dirección de Compras, Patrimonio, Suministros y Servicios del Ministerio de Salud quien expresara que “con motivo de la demora en la entrega de los medicamentos y no mediando razones que eximieran a la contratista de la aplicación de la multa prevista, el valor de la multa se elevaría al 54% de lo entregado fuera de término. Agregó que la multa así calculada, sumada a multas previas aplicadas por similares incumplimientos importaban un valor del 17,5% del monto total del contrato, lo que implicaba que superaría las penalidades previstas ante la rehabilitación del contrato o su rescisión por culpa del contratista”. Sin embargo, concluyó el máximo órgano asesor del Estado que no correspondía limitar la multa impuesta al proveedor de la manera propuesta conforme la doctrina de Dictámenes: 167:447; 211:370; 259:415 y Fallos: 305:826, 307:358 y 432. Recordó que en un caso análogo el ex Tribunal de Cuentas de la Nación sostuvo que imponer un porcentual que supere el 10% del valor de la adjudicación resultaba inequitativo y que, además de alterar la economía del contrato, configuraría una irrazonable solución que no encuentra sustento suficiente en nuestro ordenamiento jurídico (ver fs. 27/28 y copia de fs. 29/30)”.

Por ello, resultaría conveniente desterrar ciertas ideas y paradigmas de los contratos celebrados por órganos y entes públicos estatales y demás entidades integrantes del sector público nacional –en los términos de la LAF *supra* citada–; en efecto, la aceptación de un suministro provisto fuera de término debe respetar parámetros lógicos que no violenten la propiedad, puesto que es dable preguntarse hasta cuándo puede aquel ser aceptado, luego de seis meses, un año o dos. Al no estar regulado el límite de tiempo, será una facultad discrecional aceptar o no la provisión³⁸¹, aun cuando la punición no pueda ser ejecutada luego de los dos años de acaecido el hecho³⁸².

En España, el Consejo de Estado ha sostenido en una opinión consultiva que “el artículo 208.3 de la LCSP, a diferencia del 113.4 del Texto Refundido de 2000, no prevé la incautación de la garantía como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Circunscribe, por el contrario, las consecuencias de la resolución ‘a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados’, lo que supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización, a menos que el pliego del contrato haya dispuesto su incautación como efecto inherente a la resolución”³⁸³.

³⁸¹ Curiosamente, el artículo 104 del Decreto 1030/2016 determina que: “No podrán imponerse penalidades después de transcurrido el plazo de DOS (2) años contados desde la fecha en que se hubiere configurado el hecho que diere lugar a la aplicación de aquellas”, prescripción que nos lleva a reflexionar acerca de si la potestad sancionatoria resulta optativa para el Estado, o bien, qué sucedería ante un contrato incumplido por un proveedor luego de 2 años, situación en la cual el Estado ya no podría rescindirle (siendo que la rescisión constituye una penalidad).

³⁸² *Ibídem*.

³⁸³ Dictamen 318/2012, de 19 de abril del 2012, citado en CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, “Los Efectos De La Resolución de los Contratos Administrativos: resolución por Concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma normativa”, Revista de Administración Pública, N° 196, Madrid, enero-abril 2015, ps. 61-95, ISSN: 0034-7639.

II.1.3. Rescisión³⁸⁴

Finalmente, si vencido el plazo de cumplimiento original del contrato o de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que debe realizar la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad, el órgano comitente procederá a rescindir el vínculo. Del mismo modo, se procede a la disrupción del contrato si el proveedor no integra la garantía de cumplimiento dentro del plazo previsto.

La referencia conceptual directa la podemos encontrar en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prevé las figuras de la rescisión bilateral y unilateral como modos extintivos del contrato³⁸⁵.

En este punto, a nuestro juicio, se encuentra mal planteada en la normativa la potestad de aplicación de dos penalidades por un mismo hecho, pues tratándose de efectos propios de los contratos, debió haberse legislado no como penalidades, sino más bien como una consecuencia propia y directa de la ejecución o inejecución del acuerdo sinalagmático; en efecto, si el contratista incumple sus obligaciones, el órgano rescindiré el contrato y ejecutará la garantía correspondiente, incurriendo en la violación del principio *non bis in idem*.

³⁸⁴ La rescisión es un acuerdo de voluntades por el cual se deja sin efecto un contrato anterior (artículo 1200, primer párrafo del Código Civil), aun no agotado, puesto que lo que el consensus puede hacer, el contrato consensus puede destruir. Se trata de un nuevo contrato, que extingue las relaciones jurídicas creadas por el anterior, debiendo reunir las mismas formalidades y acreditarse por los mismos medios que la ley exige para la forma y prueba del negocio que le sirvió de antecedente (C. Nac. Civ, Sala E, 16/02/89, "Comito, José Oscar y otro c/ Tueles y otro s/ Cobro de Pesos") (Del voto del juez Fernández, considerando IV). (Doctrina reiterada en C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 24/02/09, en autos "LD Manufacturing S.A. c/ Gas del Estado s/ Contrato Administrativo", Expte. 15.084/93).

³⁸⁵ Artículo 1076. Rescisión bilateral. "El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros". Artículo 1077. Extinción por declaración de una de las partes. El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad. Cabe señalar que el reglamento de ejecución, artículo 97 del Decreto 1030/16, previó una causal novedosa, como la rescisión de común de acuerdo cuando haya variado el interés público comprometido, sin indemnización para ninguna de las partes.

Lo señalado deviene de la necesaria consecuencia entre el estado de incumplimiento del proveedor estatal y el efecto definitivo que tal conducta acarrea en el mundo jurídico, engarzado con aquellas, las necesarias "potestades" –inherentes a la supremacía estatal– que son indispensables para que la Administración Pública realice sus funciones de interés general³⁸⁶.

La terminología utilizada resulta poco feliz al generar en la especie dos penas –o más– por un mismo hecho –ateniéndonos a la terminología de la normativa– cuando, en realidad, trata de los efectos propios de los contratos. En efecto, el proveedor estatal será "sancionado" con la rescisión y con la pérdida de garantía del contrato – además de las suspensiones o inhabilitaciones que prevé el régimen–.

Especialmente, la aptitud extintiva del sujeto estatal debió haberse ponderado fuera del marco penal y separado de dicho título, pues no se trata de la imposición de un castigo económico ante un incumplimiento³⁸⁷ sino, más precisamente, de la extinción del vínculo contraído.

Es que, además, la esencia de la cláusula penal puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero³⁸⁸.

Se advierte, por lo tanto, una confusión conceptual al entremezclar penas cuyas finalidades resultan diversas, propiciándose una acumulación prohibida por el ordenamiento jurídico constitucional al imponerse dos o más castigos por un solo hecho.

³⁸⁶ Conf. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 272.

³⁸⁷ El artículo 790 del Código Civil y Comercial de la Nación: "La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación".

³⁸⁸ Artículo 791, CCyCom.

En España, se regula claramente entre el régimen de las penalidades y la rescisión contractual por incumplimiento³⁸⁹, distinguiéndolas en forma precisa unas de otras, de manera que el Estado comitente podrá extinguir el vínculo obligacional ante el incumplimiento culpable, o bien, continuar con la ejecución y aplicar las sanciones respectivas.

Así, se ha dicho que “las garantías que conforman el derecho constitucional sancionador no deben interpretarse como que buscan debilitar la posición de la Administración, ni dificultar que ejercite sus indiscutibles atribuciones sancionatorias frente a los concesionarios de servicios públicos. A fin de prevenir nulidades y evitar indemnizaciones por decisiones apresuradas e imprudentes, las autoridades administrativas deberán tenerlas en cuenta al ejercer sus potestades”³⁹⁰.

Ello, a tenor también de la jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal, que ha expresado que “el principio de *non bis in idem* impide que, a través de procedimientos distintos, se sancionen repetidamente la misma conducta, pues semejante posibilidad entrañaría, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionatorios para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente existan y dejen de existir para los órganos del Estado”³⁹¹.

.....

³⁸⁹ En el apartado 7 del artículo 212 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares”, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-17887-consolidado.pdf>.

³⁹⁰ GUSMAN, ALFREDO, “La potestad punitiva de la Administración en el contrato de concesión de servicios públicos. Aportes para la construcción de un derecho constitucional sancionador”, JA 2005-I-1236.

³⁹¹ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 09/04/02, “Peon Carlos Alberto c/C.P.A.C.F.”, Expte. 36.134/98. También CSJN en Fallos: 272:180.

En el Régimen de Contrataciones Nacional, sin embargo, convergen penalidades y sanciones en las cuales el Estado, a través de los órganos competentes, rescinde contratos, ejecuta garantías e impone multas y, paralelamente, apercibe, suspende e inhabilita.

Se ha dicho también que “la aplicación del principio *non bis in idem* presupone la concurrencia de dos o más actuaciones punitivas efectivas diferentes, conducentes a la imposición de una sanción. Pudiendo revestir estas últimas diversas modalidades, tales como: multa, decomiso, destrucción de la cosa, inhabilitación (Corte Constitucional, C-028/2006), caducidad, entre otras”³⁹².

Tal cuestión ha sido planteada también en otros trabajos, en los cuales manifestamos que debía reflexionarse sobre si aquellas penalidades y sanciones no implicarían una doble sanción afectándose el principio de *non bis in idem*. Es decir, la aplicación de dos sanciones por un mismo hecho³⁹³.

En otro orden de ideas, para que una penalidad por incumplimiento no sea aplicada –además de que la inejecución culpable no debe provenir del sujeto proveedor–, el régimen prevé como eximente de responsabilidad al caso fortuito o fuerza mayor, debidamente documentado por el interesado y aceptado por la jurisdicción o entidad contratante o de actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que coloquen al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones³⁹⁴.

.....

³⁹² Sentencia del Consejo de Estado de Colombia del 19 de julio de 2002, C. P.: Roberto Medina López. Sección Quinta, referencia N° 11001-03-28-000-2000-0047-01(2452). Reiterado en Sentencia de 17 de marzo de 2006, C. P.: Filemón Jiménez Ochoa, radicación N° 15001-23-31-000-2003-02964-02. Sentencia del Consejo de Estado de 17 de marzo de 2006, C. P.: Filemón Jiménez Ochoa, Sección Quinta, referencia N° 15001-23-31-000-2003-02964-02, citados en Ramírez Torrado, María Lourdes, “El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador”, Revista de Derecho, N° 40, Barranquilla, 2013, ISSN: 0121-8697 (impreso) ISSN: 2145-9355 (online).

³⁹³ DUBINSKI GUIDO JULIÁN, “Las Facultades...”, op. cit., p. 767.

³⁹⁴ Conf. artículo 94, Decreto 1030/2016.

Podemos señalar, entonces, que las penalidades resultan exclusivas del contrato que une a las partes y del ámbito precontractual; en cambio, las sanciones trascienden la relación estrictamente contractual, desparramando sus efectos hacia la órbita de la relación *ius administrativa* entablada entre el Estado y el contratista con virtualidad para futuras relaciones³⁹⁵.

II.2. Sanciones

El Régimen de Contrataciones establece también la posibilidad para el órgano estatal de reprimir al proveedor mediante la aplicación de “sanciones”.

Prevé que sin perjuicio de las correspondientes penalidades los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles –también– de la aplicación de sanciones, en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones.

Las referidas sanciones se representan en apercibimientos, suspensiones e Inhabilitaciones.

Aquí valen las mismas consideraciones que las efectuadas en el punto anterior, con relación a la violación del principio *non bis in idem*.

Empero, la salvedad que podemos efectuar en pos de una distinción más prolija y precisa de la cuestión se explica en que la potestad sancionatoria tiene como sustento motivante el historial acumulado por los sujetos contratistas, a través del cual se detalla el comportamiento del proveedor en sus diversos vínculos con la Administración Pública.

Sin perjuicio de ello, lo que desencadena la aplicabilidad de la sanción tiene su génesis en un hecho concreto y determinado, atribuible al contratista estatal, quien

.....
³⁹⁵ Ver al respecto RICARDO FRANCAVILLA, “Cuestiones de Contratos Administrativos”, Buenos Aires, RAP, 2007, p. 209.

será penalizado y sancionado de modo simultáneo ante la deficiente técnica legislativa empleada para normativizar el régimen punitivo. Podemos entender, entonces, que el marco sancionatorio representa la punición del proveedor impidiéndole –en el caso de las sanciones más severas–, que pueda contratar con la Administración, ya sea de modo temporario o permanente.

Infra, la enumeración de las sanciones que la normativa prevé.

II.2.1. Apercibimiento

Constituye de por sí una sanción leve, menor, similar a un llamado de atención pero que, acumulados, pueden derivar en sanciones más gravosas.

Se prevé para los casos en los cuales el proveedor resuelve de modo expreso no continuar con su oferta dentro del plazo legal en que se halla obligado a su mantenimiento.

Como se advierte para el caso, si el oferente declina de su propuesta –amén de la penalidad establecida de pérdida de la garantía de mantenimiento de oferta– se le aplicará un apercibimiento.

Del mismo modo, será apercibido el oferente a quien se le hubiese desestimado su oferta, salvo en los casos en que se prevea una sanción mayor.

Este último supuesto refleja el poder omnímodo del Estado plasmado en una normativa que no encuentra su correlato en la realidad, pues cabe preguntarse cuál es el motivo del apercibimiento si el oferente resulta desestimado. Puede ser que su producto no se ajuste a pliego, o bien que su oferta resulta inconveniente por precio, empero, aun así, ambos motivos no resultan suficientes para que impacte una sanción administrativa.

La desestimación corresponde a una determinación discrecional del órgano contratante con relación a la calidad, idoneidad o precio del suministro propuesto a la Administración, sin que ello importe la aplicación de una pena. La medida, sin dudas,

atenta contra la concurrencia de ofertas, debiéndose agregar, además, que colisiona con el principio de concurrencia, el cual propicia la obtención de la mayor cantidad de propuestas que permitan al órgano estatal la consecución del fin público del modo más eficiente posible.

En este sentido, constituye una medida regresiva, en cuanto restringirá de modo inconducente la cantidad de posibles proveedores ávidos de presentar propuestas al Estado, sumado a la complejidad de algunos pliegos de bases y condiciones, a la cartelización sistemática de proveedores y, en sistemas rígidos de actualización de precios en los bienes y servicios, todo redundará en que el Estado abonará un precio de mercado mayor al que podría abonar.

Aun así, y como explicáramos *supra*, resulta una sanción menor y, si bien recién con el actual reglamento de ejecución resultó reglamentada, estuvo 12 años³⁹⁶ sin que se establecieran las pautas para su aplicación; de esta manera, el Estado procedía a aplicar únicamente las sanciones de suspensión e inhabilitación, las cuales sí se encontraban reguladas, y aun cuando podía considerarse que las mismas resultaban programáticas.

II.2.2. Suspensión

Las suspensiones impiden al sujeto proveedor asistir a los procedimientos selectivos que se incoen luego del dictado del acto administrativo que disponga aquella –siempre y cuando sus efectos no estén suspendidos a tenor de lo dispuesto en el artículo 12, LNPA-, y tienen vigencia por 1 o 2 años, de acuerdo a las condiciones que establece la norma.

a) Serán de hasta 1 año:

.....
³⁹⁶ Desde su regulación en el artículo 29 del Decreto Delegado 1023/2001 hasta el dictado del Decreto Reglamentario 893/12. Actualmente, se encuentra regulada en el artículo 106 del Decreto 1030/2016.

- Aquellas en las cuales al adjudicatario le hubiere sido revocada la adjudicación por causas que le fueren imputables.

- Al oferente, adjudicatario o cocontratante que, intimado para que deposite en la cuenta de la jurisdicción o entidad contratante el valor de la penalidad aplicada, no hubiese efectuado el pago en el plazo fijado al efecto.

- Al proveedor a quien le fuere rescindido parcial o totalmente un contrato por causas que le fueren imputables

Como explicáramos en el presente capítulo, cada una de las presentes sanciones se acumula a una penalidad; para el caso, la revocación de la adjudicación por culpa del proveedor, derivará en la pérdida de garantía de contrato³⁹⁷ y en la citada suspensión; del mismo modo, la rescisión del vínculo acarreará ambas penas, pero la sanción más gravosa la constituirá la suspensión por no integrar la penalidad económica una vez intimado el contratista a ello. Supongamos entonces que el proveedor contratista integra el monto de la penalidad un día después de vencido el plazo concedido por el sujeto público estatal. Si se aplica la norma del modo en que se ha prescripto, se determinaría la suspensión de hasta por un año del administrado “colaborador”, tal consecuencia aparece a todas luces desmesurada, estableciendo la normativa un poder en cabeza del órgano rector (ONC), que representa cuanto menos una facultad omnímoda de poder discrecional a fin de decretar una suspensión para comerciar con el Estado, lo que en la práctica supondrá el cese de la actividad del proveedor en función de una eventual cautividad ante aquel.

Este grado de cautividad al que hiciéramos alusión, traducido en la especialización exclusiva que adquieren algunos proveedores desarrollando

.....

³⁹⁷ Conf. artículo 98 del Decreto 1030/2016: “Si el cocontratante no integrara la garantía de cumplimiento del contrato en el plazo fijado en el artículo 77 del presente reglamento, la unidad operativa de contrataciones lo deberá intimar para que la presente, otorgándole un nuevo plazo igual que el original, y en caso en que no la integre en dicho plazo se rescindirá el contrato y se deberá intimar al pago del importe equivalente al valor de la mencionada garantía...”.

determinada actividad comercial con el Estado, lo que resume una dependencia necesaria de este –pues los volúmenes que maneja suelen ser relevantes–, produce en los hechos un desaliento a ser proveedor estatal, y sabido es que muchas de las empresas competitivas del mercado de suministros prescinden de acudir a los llamados que realiza el Estado, sea por los engorrosos y demorados procedimientos selectivos³⁹⁸, por el costo económico que conlleva (garantía, preparación de la oferta, costos fijos en personal capacitado), o por los abusos de los funcionarios en la ejecución de los contratos.

A todo esto, cabe agregar que una eventual frustración del negocio podrá derivar en la aplicación de un pormenorizado manual de penalidades y sanciones.

Refiere el primer supuesto que trata la norma, la revocación de la adjudicación al proveedor –por causas que le fueran imputables– a quien aún no le hubiese sido notificada la orden de compra que perfecciona el contrato.

La distinción es clara, y las distintas categorías terminológicas utilizadas expresan en qué etapa del procedimiento nos encontramos: a) oferente, en donde aún no se ha dictado el acto de adjudicación, b) adjudicatario, si el acto de adjudicación que concluye el procedimiento ha sido dictado, c) contratista o proveedor, si se le notificó la orden de compra o suscribió el contrato.

Adviértase aquí la relevancia que cobra el análisis efectuado en los puntos anteriores, con relación al principio *non bis in idem*, en cuanto un proveedor a quien se le rescinde un contrato puede ser pasible de las siguientes puniciones: 1° rescisión, 2° pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato, y 3° una suspensión de 1 año.

En este esquema no sólo se le aplica una sanción/penalidad, sino que se le imponen hasta 3 castigos simultáneos, resultando ello una consecuencia de la mala

.....
³⁹⁸ En muchos casos las demoras en los procedimientos selectivos tornan en poco competitivo el precio ofertado, pues los oferentes prefieren cubrirse de la inflación a tener que financiar al Estado, pues claramente, lo que vale hoy un producto, no es lo que valdrá mañana (cuando finalmente resulte la adjudicación).

redacción de la norma, confundiendo efectos propios de los contratos con garantías penales estipuladas en estos.

b) Las suspensiones podrán ir de entre 1 y hasta dos años en los siguientes casos:

- Cuando se constate fehacientemente que el oferente, adjudicatario o cocontratante hubiere incurrido en las conductas descritas en el artículo 10 del Decreto Delegado 1023/01³⁹⁹.
- Cuando se constate que el interesado presentó documentación o información falsa o adulterada.
- Al oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por resultar inelegible conforme las pautas de inelegibilidad establecidas.
- Al oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por haber sido formulada por personas humanas o jurídicas no habilitadas para contratar con la Administración Nacional.

Las sanciones que ilustran este apartado, que van de entre 1 a 2 años, constituyen infracciones que radican en la condición subjetiva del oferente, quien ostenta una cualidad indeseable para ser proveedor estatal, o bien, por haber incurrido en una actitud maliciosa de carácter dolosa pretendiendo engañar con viles artilugios a la Administración contratante; de tal manera, los tipos descriptos no se relacionan necesariamente con vínculos contractuales anteriores, sino con condiciones del sujeto

³⁹⁹ "ANTICORRUPCION. Será causal determinante del rechazo sin más trámite de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. b) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descrita, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. c) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descrita, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones...".

(no se encuentra habilitado para ser contratista del Estado⁴⁰⁰ o es inelegible⁴⁰¹), o actitudes desleales o ilícitas.

Resta señalar que la normativa derogada preveía una escala más amplia y gradual de sanciones⁴⁰², resultando la última reglamentación vigente más severa en cuanto prescinde de la alternativa de suspensiones de hasta tres meses.

II.2.3. Inhabilitación

Se establece que se encontrarán inhabilitados para contratar con el Estado Nacional quienes se encuentren incurso en alguna de las causales previstas en el Decreto Delegado 1023/2001, y durante el tiempo en que dure aquella inhabilitación. Así, si un oferente tiene deuda tributaria, hasta tanto no opere la regularización de la misma se encontrará imposibilitado para contratar con el Estado.

Debe señalarse que obran en el Estado Nacional diversas bases de datos que permiten cotejar la incursión o no en las aludidas causales, resultando ejemplificativo el certificado fiscal para contratar que emite la AFIP, y permite determinar si existe libre deuda fiscal, conforme regulación de la Resolución-E 4164/2017.

.....

⁴⁰⁰ Conf. artículo 28 del Decreto Delegado 1023/2001: "PERSONAS NO HABILITADAS. No podrán contratar con la Administración Nacional: a) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas en virtud de las disposiciones previstas en los apartados 2. y 3. del inciso b) del artículo 29 del presente, b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N° 25.188, d) Los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena, e) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, f) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación, g) Las personas físicas o jurídicas que no hubieren cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 24.156, h) Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) durante el tiempo que permanezcan en dicho registro".

⁴⁰¹ Conf. artículo 16 del Decreto Delegado 1023/2001: "ELEGIBILIDAD. La información obrante en bases de datos de organismos públicos sobre antecedentes de las personas físicas o jurídicas que presenten ofertas será considerada a fin de determinar la elegibilidad de las mismas. Se desestimarán, con causa, las presentaciones u ofertas de aquellas que exhiban reiterados incumplimientos de sus obligaciones, en las condiciones que establezca la reglamentación".

⁴⁰² Conf. artículo 131 del derogado Decreto 893/2012.

Este tipo de sanciones, en realidad, no se relacionan directamente con un incumplimiento contractual, pues centralizan su aplicación sobre un estado determinado del sujeto –al igual que las suspensiones más gravosas–, sea por ser deudor de impuestos, o por trabajar para el propio Estado de modo incompatible con el ejercicio de alguna actividad comercial en donde participe aquel, o por encontrarse condenado penalmente, o bien como sanción por incumplimiento de normas laborales; empero, el punto común entre todas ellas resulta en la ajenidad de la situación con el contrato administrativo al que pretende vincularse.

Por último, prevé la norma que no podrán aplicarse sanciones si hubieren transcurrido más de dos años desde la firmeza del acto administrativo que hubiese dado lugar a la aplicación de la sanción y, en el caso de las penalidades, desde la fecha en que se hubiere configurado el hecho que diere lugar a la aplicación de aquellas, configurando una especie de caducidad de la acción para ejercer la potestad punitiva.

Como hemos *supra* referido, el consentimiento estatal sobre la falta de cumplimiento efectivo del contratista u oferente podría dar lugar a situaciones indefinidas, tales como, ¿qué sucede si aquel proveedor no cumple y la Administración no ha rescindido el vínculo en el plazo referenciado de dos años, subsistiría la imposibilidad de extinguir un vínculo no finalizado formalmente? Del mismo modo, cabe preguntarse si la mora o cumplimiento deficiente, pasibles de multa, podrían penalizarse mediante la aplicación de ésta última, luego de ejecutado el contrato pero dentro de aquellos dos años.

Extinguido el vínculo, sin embargo, las relaciones nacidas al amparo de dicho acuerdo obligacional, en el caso de los suministros periódicos que involucren la prestación de servicios y que, correlativamente, verifiquen la contraprestación estatal del pago, quedarán fenecidos, no pudiendo reclamarse luego por haber sido expresamente consentidos.

En realidad, la interpretación acerca de lo que el régimen cataloga como penalidades, subyace en la mala técnica utilizada para diferenciarlas y en la distinta naturaleza jurídica que ostenta cada una, lo que nos lleva a reflexionar sobre si una

correcta sistematización de los efectos propios de los contratos requiere una potestad punitiva para extinguir el nexo ante una falta.

En consecuencia, la rescisión –unilateral o bilateral- que extingue el contrato con efectos *ex tunc* no precisa para su ejecución que sea incluida como una penalidad, puesto que constituye un efecto propio del contrato y no una facultad exorbitante del órgano comitente, aun cuando las causas y consecuencias de la extinción pudiesen contener una regulación *ius publicista*.

III. PROCEDIMIENTO

El medio mediante el cual las llamadas penalidades y sanciones resultan aplicables merece una cabal distinción. Es que, si nos referimos a las primeras, será el órgano comitente quien procederá a resolver qué tipo de medida represiva tomará ante la falta de cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones nacidas de un acuerdo de voluntades, o ante un desistimiento voluntario de la oferta.

En cambio, respecto de las sanciones, será el órgano rector de las contrataciones en el ámbito nacional (ONC) el encargado de aplicarlas en virtud de lo dispuesto en el Reglamento de Contrataciones Nacional⁴⁰³.

Finalmente, la normativa procedimental abarca las diversas posibilidades existentes para poder cuestionar el acto de punición del Estado, trátese de una sanción o una penalidad. En esencia, ambas son similares, pues persiguen la efectiva reprimenda del incumplidor de obligaciones a través de la ejecución de una cláusula penal, sea económica (como las garantías) o impeditivas (como las suspensiones o inhabilitaciones).

.....

⁴⁰³ Prevé el artículo 29 del Decreto 1030/2016 en lo que aquí respecta: “A los efectos de la aplicación de las sanciones antes mencionadas, los organismos deberán remitir al Órgano Rector copia fiel de los actos administrativos firmes mediante los cuales hubieren aplicado penalidades a los oferentes o cocontratantes”.

Si se trata entonces de una penalidad, deberá el órgano comitente proceder al dictado del acto administrativo respectivo.

En tal sentido, la aplicación de una sanción económica o represiva requiere como expresión y exteriorización de la voluntad administrativa el dictado de un acto administrativo con todas las formalidades que prescribe el artículo 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Asimismo, y en cuanto al momento oportuno para su cuestionamiento administrativo y judicial, es dable indicar que la Corte zanjó la cuestión en Fallos: 318:4418 , afirmando que resulta indudable la aplicación del artículo 25 de la Ley 19.549 a los pleitos relativos a las relaciones jurídicas originadas en contratos celebrados por la Administración (conf. considerando 6); aun cuando alguna doctrina le asigne una interpretación diversa, lo cierto es que el cocontratante deberá seguir la doctrina plenaria de “Petracca”, y recurrir en sede administrativa los actos sancionatorios –pues, sino, estos adquirirían firmeza–, y luego impugnarlos judicialmente en caso de no prosperar la vía recursiva en la sede del Estado.

Con relación a las denominadas sanciones, el sujeto emisor del acto administrativo será la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), por cuanto los titulares de las unidades operativas de contrataciones deberán remitir a dicha oficina los antecedentes necesarios para la aplicación de las sanciones⁴⁰⁴.

Este procedimiento sui generis implica la remisión del acto administrativo respectivo (firme o consentido) por parte del órgano contratante, a fin de que la ONC instruya un nuevo expediente a los fines de la aplicación de “otra” medida represiva – ya nos hemos expresado con relación a la violación del *non bis in idem*–.

.....
⁴⁰⁴ Conf. artículo 110, Decreto 1030/2016.

En este contexto, deberá la citada Oficina y en aras del debido proceso adjetivo, correrle traslado al proveedor sancionado a fin de que efectúe el descargo que crea correspondiente previo a la emisión del acto.

Se ha dicho con relación a ello que en el procedimiento al que se encuentra sujeto el acto administrativo sancionador, el "debido proceso adjetivo", traduce, como mínimo, la observancia de ciertas formas esenciales que, plasmadas en la Constitución Nacional y en las normas de rango superior, comprenden cuatro tramos esenciales: a) acusación; b) defensa; c) prueba y d) sentencia (Fallos: 3066:1705 y 308:1386) cuyo alcance no debe entenderse restringido al ámbito de las causas criminales (Fallos: 198:78 y 925:726) (Miguel Nathan Licht: La potestad sancionatoria de la Administración, ED 193-702/791)⁴⁰⁵.

Asimismo, los actos administrativos sancionatorios podrán ser recurridos mediante las vías impugnatorias típicas atinentes a ellos, conforme lo prevé la LNPA y su reglamentación, dentro de los plazos y modos previstos.

Cabe indicar que la presunción de legitimidad de los actos estatales impedirá dejar inertes sus efectos, lo que obligará al administrado a petitionar cautelarmente la suspensión judicial de sus efectos⁴⁰⁶.

IV. GRADUALIDAD

La posibilidad de graduación de las sanciones ha sido contemplada en la nueva normativa nacional, la cual prevé la aplicación de "hasta" uno o dos años de

⁴⁰⁵ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 18/11/05, "Nazetta Diego Andrés c/ CNRT -Resol 2233/04 s/ medida cautelar (autónoma)".

⁴⁰⁶ El artículo 13 de la Ley 26.854 prevé: "El pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, sólo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida".

suspensión⁴⁰⁷, mientras que la normativa anterior⁴⁰⁸ no preveía en su articulado la preposición “hasta”, lo que redundaba en una única posibilidad de aplicar la sanción en el modo que preveía la norma, eliminando cualquier viso de discrecionalidad.

Sin embargo, no puede soslayarse, que la posibilidad de graduación viene indicada en el propio Régimen General de los Contratos, resultando, en definitiva, una discrecionalidad en cuanto confiere al órgano administrativo la “facultad” como opción de imponer una penalidad –o no– al contratista⁴⁰⁹.

En el fallo “Supercemento”⁴¹⁰, se dijo que “la Administración –como gestora del bien común– puede válidamente no imponer multas en determinados supuestos, porque al ser facultativo para ella aplicar sanciones, en hipótesis como las del caso, del hecho de que no las imponga no puede inferirse válidamente que no habría podido hacerlo. Más bien tal proceder del comitente aparece guiado por el fin de dar prioridad a la conclusión de la obra, como medio de satisfacer necesidades generales, que a sancionar al contratista”.

También se dijo que: “A la Administración le asiste el derecho de graduar las sanciones de acuerdo a los antecedentes del infractor y de las circunstancias del caso (Fallos 324:1740)”⁴¹¹.

En otro precedente se dijo que:

“Si bien ambas partes se encuentran contestes en que hubieron incumplimientos contractuales y que debe existir una sanción, la comuna demandada debió valorar

.....

⁴⁰⁷ Conf. artículo 106, inciso 2, Decreto 1030/2016.

⁴⁰⁸ Especialmente el Decreto 436/2000, preveía en su artículo 145 suspensiones por uno o dos años, sin la preposición “hasta”.

⁴⁰⁹ Conf. artículo 12 del Decreto Delegado 1023/2001.

⁴¹⁰ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 07/03/2001, “Supercemento S.A.I.C. c/E.N. (F.A.A.) M° de Defensa s/contrato administrativo”.

⁴¹¹ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 25/09/2002, “Carital S.R.L. c/E.N. (Sec. Rec. Nat. y Medio Amb.) s/contrato administrativo”.

razonablemente las circunstancias de hecho, y los principios generales del derecho aplicable, al disponer la penalidad en tratamiento, con la finalidad de establecer una medida proporcionada al fin que persigue el orden jurídico, ya que al aplicar el art. 27 'b' del contrato administrativo, prescindió del grado del incumplimiento, produciendo como resultado un monto -de sanción- irrazonable, en consecuencia, la comuna deberá dictar un nuevo acto administrativo acorde al principio de razonabilidad, debiendo computarse - a modo de porcentaje- los incumplimientos en el marco de la totalidad de las obras comprometidas por la actora y determinar la penalidad a aplicar en función de los resultados de dicho cálculo⁴¹².

La propia Oficina Nacional de Contrataciones ha dicho en sus dictámenes que "... es posible entender que la posibilidad de aplicar sanciones que posee esta Oficina Nacional reconoce, implícita o inherentemente, la posibilidad de graduar la duración de las mismas razonablemente, por cuanto el aspecto que define la aptitud de obrar en un ente jurídico, es la relación del acto con los fines para los que fue creado"⁴¹³.

En el mismo sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación admite que *la graduación de la sanción queda librada a la prudente discrecionalidad de la autoridad de aplicación*⁴¹⁴.

V. COLOFÓN

De este modo, concluimos que existe una deficiente técnica legislativa en cuanto se han incluido cuestiones inherentes a los efectos propios de los contratos, definiéndolos como penalidades, lo que traduce un ilegítimo comportamiento de la Administración Pública en cuanto se verifican violaciones a garantías constitucionales

.....
⁴¹² C. Apel. Cont. Adm. de San Martín, 11/09/2008, "Buen Puerto S.A v. Municipalidad de San Fernando", citado en Abeledo Perrot, Nº: 70049652.

⁴¹³ Dictamen ONC 988/2012, http://onc-http1.argentinacompra.gov.ar/Dictamenes/Dictamen_988_2012.pdf.

⁴¹⁴ Dictámenes: 133:103.

esenciales como la de no aplicar dos sanciones por un mismo hecho –*non bis in idem*–, debiendo escindirse a las cláusulas penales típicas de los métodos extintivos previstos.

Asimismo, sería conveniente la implementación de sistemas sancionatorios que reflejen la realidad contractual, castigando a los proveedores remisos en el cumplimiento de sus obligaciones y ponderando a quienes han tenido históricamente una buena conducta como contratistas del Estado.

Tal vez, un sistema de *scoring* o puntaje sea un posible método de valuación objetiva de los oferentes en cuanto a sus méritos y deméritos, lo que en definitiva redundará en beneficio de la sociedad en cuanto a la distribución y ejecución del presupuesto público en la obtención de la oferta más conveniente.

De esta manera, los antecedentes podrán sopesarse, no únicamente para la elección de la oferta más conveniente, sino también para la imposición de castigos en función de las conductas de los contratistas objetivamente determinadas a lo largo del tiempo. Claro está que no resulta equivalente la situación de un sujeto que incumple deliberadamente un contrato sin precedentes positivos sobre ejecuciones satisfactorias, que aquellos quienes han demostrado cierta confiabilidad –medida ésta a través del tiempo en que ha sido proveedor estatal y los resultados comprobados en acuerdos sinalagmáticos anteriores–. Esta metodología, con algunas diferencias, es la que ponderan los certificados emitidos por el Registro de Constructores de Obra Pública, en los cuales, además de establecer el monto de económico de la capacidad de ejecución, ponderan las conductas del proveedor en relación a otros contratos, de

manera que, si aquella no ha sido buena, se le resta una suma del valor final referencial⁴¹⁵.

Finalmente, la estructuración de métodos objetivos que permitan la más exacta parametrización de las conductas de los proveedores determinará la objetivización de los procedimientos sancionatorios y los efectos procedentes de los mismos, lo que redundará a la postre en la más efectiva realización de la *res pública*.

⁴¹⁵ Ver al respecto, Decreto 1621/1999 (modificatorio del Decreto 1724/1993), que prevé en su artículo 6 en lo aquí respecta: "a) Capacidad de Ejecución Referencial: Es el mayor monto anual de obras públicas determinado por el Registro, que una empresa esté en condiciones de construir en ese período, revistiendo el carácter de información referencial para el Comitente. Dicha información se determina en función al mayor monto de obra ejecutado en un período de balance anual, dentro de los últimos DIEZ (10) períodos incluyendo la última de presentación y afectados por un coeficiente conceptual que resulta de la sumatoria de: 1º) la conducta en relación con las disposiciones contractuales y los resultados técnicos obtenidos y, 2º) la antigüedad que registra como inscripto en el Registro Público de Comercio, como empresa constructora...".

CAPÍTULO VI

EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

NICOLÁS P. DIANA

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 9 de junio de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional presentó ante el Congreso de la Nación un proyecto de ley tendiente a sancionar un nuevo régimen de contratación público-privada (en adelante, el “Proyecto”)⁴¹⁷ que luego fue sancionado y protocolizado bajo la Ley 27.328⁴¹⁸.

En los fundamentos de dicho Proyecto, identificamos previamente a su aprobar – entre otros– los siguientes puntos salientes:

(i) una de las claves para la generación del empleo y del desarrollo económico “es que se materialice la inversión en infraestructura y los contratos de Participación Público-Privada son una herramienta eficaz para lograrlo”;

⁴¹⁶ Una primera aproximación a esta figura fue con motivo del proyecto que luego fuera sancionado como Ley 27.328 en: DIANA, NICOLÁS, “Breve comentario al Proyecto de Ley de Participación Público-Privada (PPP)”, La Ley – Suplemento de Derecho Administrativo, agosto 2016, ps. 5-9. Posteriormente, con motivo del dictado de la reglamentación de dicha ley, hemos publicado: “Cuestiones generales sobre el Contrato de Participación Público-Privada (PPP)”, La Ley, 26/04/17, p. 1 y ss. El presente trabajo sigue en líneas generales ambas publicaciones, ampliando y actualizando sus contenidos.

⁴¹⁷ Expediente 61/16, ingresado al Honorable Senado de la Nación con fecha 10/06/16 (ver: AZZARRI, JUAN CRUZ y VEGA OLMOS, JIMENA, “Los contratos de participación público-privada A propósito del nuevo proyecto de ley”, Diario La Ley, 28-VI-16, ps. 1-10).

⁴¹⁸ Publicada en el BO 20/11/16.

(ii) el Decreto 967/05 –ya derogado– preveía ya esta figura promocional, “sin embargo su aplicación no [había] resultado lo suficientemente eficaz a la hora de generar inversiones significativas”;

(iii) el Proyecto aspiraba a superar al sistema creado por el Decreto 967/05;

(iv) los contratos de Participación Público-Privada (en adelante, “PPP”) prevén que “el privado en asociación con el Estado construya y obtenga la financiación para llevar adelante un proyecto definido con claridad de antemano y que el Estado o el mismo proyecto realicen el repago de la obra con una utilidad razonable en plazos largos”;

(v) el esquema permite que “quienes tienen las mejores capacidades técnicas los lleven adelante, que los procesos de adjudicación y control se realicen con transparencia y que los proyectos sean concretados de acuerdo a los plazos acordados”; y

(vi) el Derecho y la experiencia comparados (Chile, Brasil, Uruguay, Panamá, Colombia, Perú, Reino Unido, España, Francia, etc.) en distintos esquemas de asociación público-privada en diversas actividades vinculadas siempre a actividades y servicios esenciales (algunos no tanto, como lo serían las tiendas libres de impuestos) del Estado ha sido en algunos casos, no todos, exitosa, en cuanto a la diversidad de formas y modalidades de su implementación.

De sancionarse el Proyecto como ley, hecho futuro e incierto que finalmente acaeció, se afirmaba en sus fundamentos que ello “permitiría que el país comience a transitar un camino más moderno en lo referente a las políticas que debe desarrollar el Estado y que se manifiestan, en muchísimos casos, en la concreción de que la obra pública tengan (sic) una armónica compatibilización con los intereses y las posibilidades que surgen del sector privado”.

Como ha indicado GORDILLO, “[e]n toda la historia de la humanidad se ha contrapuesto el bien de la comunidad por sobre los derechos de los individuos, con la

no sorprendente conclusión de que lo colectivo precede y supera lo individual, aniquilándolo o restringiéndolo tan severamente como sea necesario”⁴¹⁹.

El modelo de PPP “es un marco mixto que comprende distintas modalidades financieras y reglas jurídicas, con participación del sector público y privado. Este modelo tiene por objeto el desarrollo de infraestructuras públicas con capitales públicos y privados [...] Este modelo puede institucionalizarse por dos vías distintas, a saber, por medio de la creación de un tipo asociativo específico (generalmente bajo las denominadas sociedades mixtas), o a través de contratos particulares fijándose los derechos, obligaciones, riesgos y aportes en el caso concreto”⁴²⁰.

Evidentemente, la adopción de PPP se traduce en la participación del privado en proyectos que hacen a la comunidad toda o que generarán, al menos como expresión de deseos, beneficios comunes, donde se minimiza el supuesto riesgo de contratar con el Estado (que hace no sólo al financiamiento y al mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato, sino también al régimen y las prerrogativas de Derecho Público aplicables) en miras de la concreción del proyecto en figuras de Derecho Privado, en apariencia “mixtas” pero con ciertas garantías otorgadas al socio del Estado, con la finalidad también de agilizar procedimientos de los regímenes de contrataciones públicas (v. gr. obra pública y concesión de obra pública, por caso)⁴²¹.

.....

⁴¹⁹ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2014, Cap. VI-39: Servicios Públicos, §5. Felicidad colectiva, interés público, bien común, omnis et singulatis, Everything and Nothing.

⁴²⁰ BALBIN, CARLOS F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. V, 2ª ed. act. y amp., Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 43-44.

⁴²¹ Se ha indicado, al tiempo de la sanción de la Ley 27.328 que: “El Régimen de PPP permite distribuir adecuadamente los riesgos entre el contratista particular y el Estado, otorgando previsibilidad jurídica al sector privado al definir claramente los derechos y obligaciones de las partes en el contrato. La aprobación del Régimen de PPP demuestra el consenso legislativo existente en lograr la implementación de las herramientas jurídicas necesarias para atraer inversiones” (CARREGAL, SANTIAGO, SCHIARITI, MARÍA LORENA y VERAMENDI, ENRIQUE V., “Nuevo régimen de Participación Público-Privada”, 30/11/16, publicado en: <http://www.marval.com/publicacion/nuevo-regimen-de-participacion-publico-privada-12892/>).

La PPP, se ha postulado, propone –en abstracto– un equilibrio y sinergia entre el interés colectivo (del Estado, desde el plano ficcional) y el interés privado (empresario, en general), como un aspecto –si se quiere, ideal– de superación en la creación, desarrollo y ejecución de ciertas obras y actividades inherentes a la función administrativa o con efectos supuestamente beneficiosos para la comunidad en su conjunto. Decimos en principio, porque no todas las experiencias de PPP han sido igualmente positivas⁴²².

Los efectos negativos de los contratos a través de la PPP a nivel internacional pueden sintetizarse en:

(a) El costo de capital es siempre más barato sin una PPP, por altos ingresos y los países en desarrollo por igual;

(b) El costo de la construcción es más alto en virtud de una PPP, porque los contratos financieros requieren un contrato llave en mano (25% más caro);

(c) El sector privado no es más eficiente en la operación y el sector público tiene la ventaja de una mayor flexibilidad;

(d) Los costos de transacción de las licitaciones y el monitoreo de las PPP agregan un 20% a los costos;

(e) El sector público se enfrenta a riesgos reales de los productos fitosanitarios, incluidos los contratos incompletos, la probabilidad de renegociación (muy factible, para el caso argentino) y las posibles responsabilidades públicas en caso de quiebra o incumplimiento por parte de la empresa privada; y

.....
⁴²² Ver: “Overpriced and Underwritten. The hidden costs of Public-Private-Partnerships”, publicado en: <http://bankwatch.org/public-private-partnerships/case-studies>.

(f) Hay impactos negativos en los servicios públicos, el medio ambiente y los trabajadores, a partir de la reducción de costes o de distorsión selección de proyectos para satisfacer la necesidad de rentabilidad en las PPP⁴²³.

Como corolario, se ha propuesto la gestión directa del financiamiento, la ejecución y el gasto por parte del Estado en lugar de la utilización de PPP⁴²⁴.

En un análisis empírico del campo sobre las determinantes de los acuerdos de PPP, de hace una década atrás, se concluyó que éstos tendían a ser más comunes en países donde los gobiernos sufren de fuertes cargas de deuda, donde la demanda agregada y el tamaño del mercado son grandes.

Tales estudios sugieren que la estabilidad macroeconómica es esencial para la implementación de PPP, habiendo proporcionado evidencia sobre la importancia de la calidad institucional, en los que menos corrupción y más Estado de Derecho efectivo se identifican con más proyectos de PPP⁴²⁵. Ocasionalmente, “[e]l debilitamiento del

⁴²³ HALL, DAVID, “Why public-private partnerships don’t work. The many advantages of the public alternative”, Public Services International Research Unit University of Greenwich, UK, 2015, p. 45, publicado: http://www.world-psi.org/sites/default/files/rapport_eng_56pages_a4_lr.pdf.

⁴²⁴ Se ha indicado que: “Governments and local governments can continue to develop infrastructure by using public finance for investment, and public sector organizations to deliver the service. This gives the public sector a number of advantages, including flexibility, control, and efficiency. The public sector can raise long-term, cheap finance at lower interest rates and over far longer time periods than could any private company, by using tax revenues, or user charges, as security to raise loans or issue bonds to be repaid out of future income. It can decide on the balance between user charges and taxes to finance a service, and vary this balance over time according to changing circumstances. It can also choose to finance investment directly out of current revenues or taxes. The benefit of low borrowing costs can be gained by local as well as central and federal governments. Many countries have developed special mechanisms for financing municipal investment at low rates. The public sector also gains greater flexibility, control, and comparative efficiency – because of reduced transaction costs and contract uncertainty, as well as economies of scale – and also the efficiency gains of more democratic accountability. By using direct employees to operate and maintain systems and provide services, while procuring other goods and services from contractors, governments and local governments have long-term capacity to plan and deliver infrastructure services, and retain much greater flexibility to respond to changes in needs or technology, with relatively low transaction costs. And the creation and maintenance of a public sector workforce creates a pool of decent, formal jobs, as an alternative to the precarious employment which is increasingly characteristic of the private sector, especially in the contracting industry” (HALL, op. cit., p. 46).

⁴²⁵ CFR. HAMMAMI, MONA, RUHASHYANKIKO, JEAN-FRANCOIS y YEHOUE, ETIENNE B., *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*, IMF Working Paper - IMF Institute, 2006, publicado en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp0699.pdf>.

principio de transparencia en las contrataciones públicas convierte a éstas en tierra fértil para el pago de coimas y la colusión⁴²⁶.

Para el caso argentino, se agrega la existencia de un Estado federal que concentra un alto porcentaje (sino todos) de los proyectos de infraestructura e inversión pública, como factor que influye también al tiempo de coordinar y planificar interjurisdiccionalmente obras de gran impacto económico y social. También se ha dicho que, en la actualidad, “por una parte los recursos estatales resultan escasos para atender a toda la demanda social y por otra, el crecimiento del poder económico y la capacidad operativa del sector privado, permite el ensayo de la asociación con fines públicos⁴²⁷.”

La dispersión normativa y la intervención de distintos niveles de gobierno son factores que conllevan y, lamentablemente, favorecen la ineficiencia en la ejecución de grandes proyectos de inversión en sus distintas etapas (diseño, aprobación y ejecución). Ello, sumado al problema de la ausencia de financiamiento interno y a la necesidad de lograr fuentes de financiamiento externo, sujetas –en muchos casos– a verdaderos contratos de adhesión con cláusulas que ponen en crisis la soberanía estatal para países periféricos como la Argentina, con autonomía de si el vehículo del proyecto que se trate sea por vía o no de una PPP.

Se intenta mitigar, por imperio de herramientas tales como las PPP, el riesgo político inherente a sistemas jurídicos dinámicos y que alternan en extremos ideológicos que coinciden –en mayor o menor grado– con los ciclos económicos de crecimiento, acumulación y distribución o no de la renta, donde la fluctuación del gasto y la inversión públicas no siempre están acompañadas por mayor inversión privada, sobre todo en obras de infraestructura y toda aquella que, por su

.....
⁴²⁶ REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 133.

⁴²⁷ CIMINELLI, DARÍO, “Comentario a la Ley Nacional 27.328”, ADLA 2017-2, 56.

envergadura, no puede ser realizada en forma directa por el Estado (*lato sensu*) o el sector privado sin acudir a fuentes de financiamiento externo.

.....
223
.....

II. RETROSPECTIVA (PROSPECTIVAS PASADAS Y FRACASADAS)

En un artículo publicado a comienzos de 2016⁴²⁸, YMAZ COSSIO sostuvo que el imprescindible desarrollo de la infraestructura del país requería superar distintos desafíos legales, enunciando tres de ellos, evidenciados, según se afirmaba, en la práctica de los últimos años. A saber:

(i) Primer desafío legal - Obras Públicas: (a) Demoras en los pagos de las obras; (b) Insuficiencia en las partidas presupuestarias para devengar presupuestariamente los avances de obra previstos según los contratos; y (c) Insuficiencia de las redeterminaciones de precios, que deberían mantener la equivalencia del valor de los precios de oferta durante toda la ejecución de los contratos de obra⁴²⁹.

(ii) Segundo desafío legal - Asociaciones Público-Privadas (APP): Falta de implementación y bloqueo de los regímenes vigentes aprobados por: (a) Decreto 1299/00, modificado por el Decreto 601/01 y ratificado por la Ley 25.414, artículo 8, que regula algunos casos de PPP contractuales para la ejecución de obras (obras totalmente financiadas, *leasing*), y (b) Decreto 967/05 que regulaba las PPP institucionales para todo tipo de contratos públicos.

.....

⁴²⁸ YMAZ COSSIO, ESTEBAN R., "Desarrollo de la infraestructura nacional: tres desafíos legales", LL, 2016-A, 1245.

⁴²⁹ Afirmándose que: "La solución definitiva [...] requiere un cambio de la reglamentación, que está básicamente establecida en el decreto 1295/2002, que es un decreto mixto de necesidad y urgencia, y reglamentario. Con lo que estas modificaciones podrían disponerse por un decreto reglamentario, porque se refieren a la parte reglamentaria del decreto 1295/2002, facilitando el tema y eliminando el costo institucional de un decreto de necesidad y urgencia" (YMAZ COSSIO, op. cit.)

Dicho cambio se verificó con el dictado del Decreto 691/16 (B.O. 19-V-16) y la aprobación del "Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional".

(iii) Tercer desafío legal - Concesiones de Servicios Públicos: Falta de regulación legal específica⁴³⁰.

Desde nuestra perspectiva subjetiva, la realidad nos demuestra que dos de los tres desafíos postulados han tenido propuestas normativas en consecuencia, siendo previsible que el tercer desafío legal sea encarado de igual modo en el corto plazo.

Esto así, quizás no como desafío sino como respuesta legislativa a la deuda pendiente frente a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 25.561⁴³¹ y principalmente por la ausencia de instauración de una ley marco en materia de concesiones de servicios públicos, que sea respetuosa de los derechos de los concesionarios, pero también y muy especialmente de los derechos de los usuarios, en cumplimiento del artículo 42 de la Constitución Nacional⁴³² –manda aún vacía de contenido material, a más de 22 años de la reforma constitucional–⁴³³.

El principio rector en materia de contratos de obra pública –y, entendemos, todos los contratos administrativos– es el de la continuidad del valor de las

.....

⁴³⁰ “Lo que ha dejado grandes temas sin reglamentación legal en las concesiones, y librados a muy variables criterios administrativos. Con resultados más que inciertos, con una gran pérdida de previsibilidad de las concesiones que las han convertido en negocios que no interesa emprender en el país, y con pérdida incluso del propio sentido de las concesiones, porque la retribución por los usuarios de los concesionarios queda reducida a un mínimo verdaderamente insignificante que, en algunos casos, ni siquiera alcanza a cubrir el costo de la recaudación de la tarifa o peaje. La solución es dictar una ley especial que regule la materia” (YMAZ COSSIO, op. cit.).

⁴³¹ Con vigencia prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2019, por el artículo 1 de la Ley Nº 27.345 (B.O. 23/12/16.)

⁴³² “Art. 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁴³³ Dicha norma, “configura un deber a cargo del Estado de rango que resuelve definitivamente la cuestión de la competencia para dictar los marcos regulatorios de los servicios públicos, atribuyendo la misma al Poder Legislativo” (CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos,” en ARIÑO ORTIZ, GASPAR y CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, p. 176).

condiciones pactadas (intangibilidad) lo que se logra mediante un sistema de garantías a favor del contratista que contrapesa los privilegios de la Administración. Principio rector guiado por un principio general inherente a cualquier contratación pública: el interés público.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que, en toda relación contractual administrativa, la intangibilidad del acuerdo sobre la base de la propuesta seleccionada es la garantía insoslayable para que los proponentes no vean frustrado su derecho de participar en la licitación en igualdad de condiciones⁴³⁴.

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión; este principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura⁴³⁵.

Tales institutos, vale memorar, “sustentan axiológicamente los principios del equilibrio de la ecuación económico-obligacional del contrato y el de riesgo y ventura que contrapesa a aquel, ínsitos en toda contratación administrativa y que, justamente, son parte de la juridicidad del contrato, otorgando un abrigo conceptual al reclamo de equidad, eficiencia y publicidad que, para los contratos públicos, realiza la Convención Interamericana contra la Corrupción”⁴³⁶ y, más recientemente, la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴³⁷.

.....
⁴³⁴ CSJN, Fallos: 327:3919.

⁴³⁵ CSJN, Fallos: 312:1725.

⁴³⁶ MABROMATA, ENRIQUE, “Jurisprudencia de la Corte en contratos de obra pública en los primeros lustros del Siglo XXI”, LL, Sup. Adm. 2010 (agosto), p. 229 y ss.

⁴³⁷ Aprobada por Ley 26.097 (BO 09/06/06).

III. PROSPECTIVAS PRESENTES

La Ley 27.328, puede considerarse como una invitación a crear oportunidades al sector privado para participar en emprendimientos de creación de bienes y servicios colectivos por vía de la PPP. Se trata, por tanto, de una invitación pero no de una oferta ni de una invitación a ofertar, en los términos del Código Civil y Comercial de la Nación,⁴³⁸ situación que se concretará –en su caso– al tiempo de seleccionar esta modalidad contractual frente a determinado proyecto y su eventual convocatoria.

Es práctica habitual también, como hemos adelantado más arriba, la imposición de modelos contractuales desde el plano del financiamiento por parte de organismos internacionales, siendo la PPP una forma de satisfacer la participación y asociación en proyectos locales para empresas no nacionales bajo el paradigma de la reducción de costos, corrupción y eficiencia en la ejecución del gasto. Entre los distintos sistemas o modelos de PPP, “pueden incluirse tanto aquellos contratos por los cuales el contratista privado financia y construye el proyecto y luego lo opera, como aquellos otros en los que el Estado paga a partir del uso efectivo de dicha obra (es decir [...] ‘llave en mano’, *shadow toll*, *leasing* y *sale & lease back*)”⁴³⁹.

El Grupo Banco Mundial (GBM) reconoce que no hay una definición extensamente aceptada sobre qué significa una PPP.

En líneas generales, se señala que:

.....

⁴³⁸ Al respecto, el Código Civil y Comercial de la Nación dispone:

“Art. 972. Oferta. La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada”.

“Art. 973. Invitación a ofertar. La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos”.

⁴³⁹ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Contrato Administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 291, comentando el Decreto 967/05, y aclarando que ello era así, “aunque el concepto [allí adoptado] sea más acotado”.

“... una asociación público-privada se refiere a un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública. Usualmente, no incluye contratos de servicios ni contratos llave en mano, ya que estos son considerados como proyectos de contratación pública, o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol continuo y limitado del sector público”⁴⁴⁰.

El GBM, al mismo tiempo, sienta los parámetros de lo que denomina como el “Marco legal y evaluación de un ambiente favorable para las APP”, distinguiendo los siguientes aspectos⁴⁴¹:

- Sistema Legal – Generales

Fuentes del Derecho; características claves de los sistemas del *common law* y el Derecho Civil; asuntos claves del Derecho Civil que impactan a los contratos de asociaciones público-privadas, y soluciones a las restricciones del ámbito legal del país anfitrión.

- Cuestiones sobre el ámbito legal del país anfitrión

Derecho Contractual - Limitaciones sobre la libertad para contratar; sistemas de resolución de conflictos / Inmunidad soberana; organización del gobierno - aprobaciones y adjudicaciones / Monitoreo y regulación de proyectos de las asociaciones público-privadas; leyes de salud y seguridad; leyes de insolvencia; seguros; leyes laborales / temas laborales; temas de propiedad territorial, ambientales y sociales; temas del prestatario - obtener valores / derechos de subrogación / apoyo del gobierno; mecanismos favorables para afrontar los compromisos legales de una PPP; restricciones de adquisición; restricciones a inversionistas extranjeros / Controles

.....

⁴⁴⁰ <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion>

⁴⁴¹ <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/ley-regulacion/marco-legal>

de tipo de cambio; responsabilidades públicas y estándares; ajustes arancelarios / Restricciones al financiamiento, e impuestos.

- Guía de Buenas Prácticas para Industrias Extractivas (gas, petróleo y minería)⁴⁴².

IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A PPP

La Ley 27.328 define como PPP a aquellos contratos “celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8° de la Ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica”.

Pudiendo “tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación, y financiamiento. El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia” (artículo 1°).⁴⁴³

Agregando, en su artículo 2, que los PPP son una *modalidad alternativa* a los contratos regulados por las Leyes 13.064 y 17.520, y por Decreto 1023/01.

Destacamos los términos “flexibilidad” y “modalidad alternativa”, en lo que creemos se trataría –parafreando a MAIRAL– de una fuga del Derecho Administrativo –no hacia adelante– sino ahora hacia el Derecho Privado, pero que siendo una de las

.....
⁴⁴² En su texto en inglés original: “Good-fit practice activities in the international oil, gas & mining industries” (<http://www.eisourcebook.org/>).

⁴⁴³ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 164:82; 202:48; 217:115.

partes el Estado, no excluiría, en principio, su régimen dentro del Derecho Público como un nuevo contrato administrativo especial, nominado y típico.

En especial, en aquellos aspectos que hacen a la competencia del órgano interviniente, la publicidad, transparencia, concurrencia e igualdad en el procedimiento de selección del contratista, las modalidades de aportes y ejecución presupuestaria, la auditoría y fiscalización externa e interna, la responsabilidad de los directores y/o síndicos que intervengan en las nuevas sociedades a conformarse, etc. Quedando limitadas, las facultades y prerrogativas públicas en materia contractual a las especificadas en la Ley 27.328, a los respectivos pliegos y los estatutos respectivos, sin perjuicio de las prerrogativas como poder público que resultan irrenunciables para el Estado.

Cabe recordar que, conforme la Procuración del Tesoro de la Nación, no se debe justificar la lesión de los derechos de los particulares con la sola invocación de los intereses de la comunidad; pero tampoco se pueden perturbar los objetivos del Estado, que deben ser los del conjunto de la sociedad, por un excesivo rigorismo interpretativo en el alcance de las garantías individuales⁴⁴⁴.

Nótese, en tal sentido, que el propio Decreto 1023/01 (artículo 1) consagra “la posibilidad de que se celebren contratos sometidos a un régimen jurídico de derecho privado, aunque esta aplicación sea parcial y su grado varíe en cada contrato”⁴⁴⁵. A partir de la Ley 27.328, la habilitación normativa sería no sólo general, sino especial, para acudir a la figura del PPP por parte de la Administración.

.....

⁴⁴⁴ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 164:82; 202:48; 217:115.

⁴⁴⁵ CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Características principales del régimen de contrataciones de la administración nacional”, 06/11/08, publicado en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf.

En otros términos, las prerrogativas del régimen exorbitante son algo típico del Derecho Público, no extensibles sin más a los contratos de objeto privado, por cuya razón no integran la denominada “zona común de la contratación administrativa”.

La discusión de fondo sobre la conveniencia o inconveniencia, en este caso, de las PPP, al igual que lo que sucedió en su momento con el frustrado régimen aprobado por el Decreto 1299/00, “tiene ribetes económicos y no sólo jurídicos. Desde un punto de vista jurídico, frente a este sistema de financiación existen dos posiciones correctas. Sería jurídicamente correcto aplicar un régimen especial que excluya las tradicionales prerrogativas estatales, y respetarlo. También lo sería considerar que un régimen de tal tipo es incompatible con los intereses públicos y por ende no conviene aplicarlo, aceptando el costo social de que ciertas obras no se lleven a cabo o se demoren. Por el contrario, sería incorrecto aplicar un régimen especial que permita excluir dichas prerrogativas, firmar contratos que así las excluyan y, una vez en marcha los proyectos y realizadas las inversiones, sostener que las prerrogativas estatales son irrenunciables (o dictar una ley o decreto de necesidad y urgencia que las restablezca)”⁴⁴⁶.

El Decreto 967/05, derogado expresamente por el artículo 7 del Decreto 118/17, en su artículo 1 definía al PPP como “instrumento de cooperación entre el Sector Público y el Sector Privado destinado a establecer un vínculo obligacional entre las partes, a fin de asociarse para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos, u otra actividad delegable...”, y su artículo 2 enumeraba las distintas actividades objeto de la contratación⁴⁴⁷.

.....

⁴⁴⁶ MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, La Ley, Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad, mayo 2004, p. 3 y ss.

⁴⁴⁷ “Pueden ser objeto de Asociación Público-Privada, los siguientes emprendimientos públicos:

- a) Ejecución y/u operación y/o mantenimiento de obras y/o servicios públicos.
- b) Ampliación de obras y/o servicios públicos existentes.
- c) Proyecto, financiamiento y construcción de obras y/o servicios públicos, incluyendo, entre otras modalidades, operaciones de llave en mano.
- d) Prestación total o parcial de un servicio público, precedida o no de la ejecución de la obra pública.
- e) Desempeño de actividades de competencia de la Administración Pública que resulten delegables.
- f) Ejecución de obra pública, con o sin prestación del servicio público, para la locación o arrendamiento por la Administración Pública.

En los casos de ejecución de obra pública, al término de la Asociación Público-Privada respectiva, la propiedad de la obra corresponderá al Estado”.

La Ley 27.328, en tales aspectos, es más respetuosa del derecho y doctrina comparados en la materia, y más concreta en la definición y extensión de la figura de PPP. A diferencia del Decreto 967/05, el nuevo régimen autoriza a participar como contratantes, a las entidades del artículo 8, inciso a) de la Ley 24.156, incluyendo como contratistas, entre otros sujetos, a las “empresas y sociedades en las que el Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tengan participación [...] actuando en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado”.

El artículo 4 de la Ley 27.328 pretende orientar las finalidades del sistema hacia una conjugación entre fines públicos (eficiencia, eficacia, inclusión social, acceso a infraestructura y servicios básicos, generación de empleo, capacitación laboral, solidaridad, participación de PyMEs, desarrollo de la capacidad empresarial, provisión de nuevas y eficientes tecnologías) y beneficio privado (caracterizado en lo económico a través de: recupero de las inversiones efectivamente realizadas, utilidad razonable, rentabilidad económica y social del emprendimiento, fomento del desarrollo del mercado de capitales local y acceso al mercado de capitales internacionales)⁴⁴⁸.

Sin perjuicio de lo atinente a la protección y cuidado ambiental aplicables en todo PPP (v. artículo 5), el artículo 6 prevé expresamente que: “Las erogaciones y compromisos que se asuman en el marco de proyectos de participación público-privadas deberán ser consistentes con la programación financiera del Estado en un marco de responsabilidad fiscal y de la debida rendición de cuentas, en los términos de las leyes 24.156, 25.152 y demás legislación vigente”.

Sea que se lo interprete como un límite a la transferencia de riesgo del sector público al privado en lo que hace a las erogaciones o compromisos asumidos por el

.....
⁴⁴⁸ Ver: Unidad de Participación Público Privada, Guías Orientativas – arts. 4° y 9° Ley 27.328 y Decreto 118/17, disponible en: https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/GUIAS_PPP_Indice_Informe_Autoridades_Convocantes_art4y9.pdf

Estado, o bien como sustento de un equilibrio fiscal en materia de endeudamiento público, parece saludable desde las arcas estatales y del propio PPP la inclusión del principio de consistencia financiera.

Como se ha indicado en su momento al comentarse el Decreto 967/05, es conocido “en políticas públicas el *trade off* entre celeridad y sustentabilidad de las políticas; éstas requieren consenso, el consenso requiere debate y el debate, lleva tiempo. Si no se toma el tiempo necesario, este promocionado régimen, probablemente, pasará a engrosar la lista de los experimentos fallidos”⁴⁴⁹. Y así fue, lamentablemente.

Los artículos 7 a 11 definen cuestiones de carácter instrumental sobre los contratos de PPP. Entre ellas, la modalidad de constitución de una sociedad anónima abierta de propósito específico (cfr. Leyes 19.550 y 26.831, recordemos que aún se encuentra vigente la Ley 25.152), con participación del Estado, definiéndose, a su vez, las condiciones a ser incluidas en los respectivos pliegos, muchas de las cuales –en cuanto a las facultades de la Administración– replican –por caso– las establecidas en el Decreto 1023/01 y la Ley 13.064.

La Ley 25.152, en su artículo 4 dispone que “No podrán crearse fondos u organismos que impliquen gastos extrapresupuestarios”, y su artículo 5, inciso a), establece que:

“... con la finalidad de avanzar en el proceso de reforma del Estado Nacional y aumentar la eficiencia y calidad de la gestión pública, toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del ESTADO NACIONAL requerirá del dictado de una Ley”.

.....
⁴⁴⁹ LUJÁN, MABEL, “Acerca del nuevo Régimen Nacional de Asociación Público - Privada. El Decreto 967/05”, en CASAGNE, JUAN CARLOS (dir.), Derecho Administrativo, año 18, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 226. Ver también: GUGLIEMINETTI, ANA PATRICIA Y BENSANDÓN, PASCUAL, “Algunos aspectos jurídico-económicos de la Asociación Público Privada (a propósito del dec. 967/05)”, en El Derecho Administrativo, Buenos Aires, El Derecho, 2005.

Como aspecto de buena técnica legislativa y para evitar interpretaciones dispares en el futuro, con anterioridad⁴⁵⁰ interpretamos que en su momento el Proyecto – actual Ley 27.328– debía modificarse en tales artículos, en el sentido de autorizar genéricamente a la constitución mixta de sociedades anónimas en el marco de la PPP, por cuanto la ley habilitante exigida por aquella norma es precisamente la del régimen que se sancionó y aquí comentamos.

Algunos puntos adicionales son los incisos p), r), s), t) y u) del artículo 9 de la Ley 27.328, que reconocen, respectivamente⁴⁵¹:

(i) inaplicación de las Leyes 21.499 y 26.944, junto con las normas del Decreto 1023/01, en materia de extinción del contrato por razones de interés público; estableciendo que la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el Tribunal competente;

(ii) cesión y/o dar en garantía los derechos de crédito emergentes del contrato;

(iii) autorización de transferencia del control accionario de la sociedad propósito específico a favor de terceros, de quienes financien el proyecto o sociedad controlada por ellos;

(iv) facultad del contratista de suspender temporalmente la ejecución de sus prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratante (*exceptio adimpleti contractus*)⁴⁵², sin establecer la intervención judicial en estos casos, generando un desbalance con las facultades otorgadas a la contratante en igual sentido, la que deberá judicializar la cuestión;

.....

⁴⁵⁰ DIANA, NICOLÁS, “Breve comentario al Proyecto de Ley de Participación Público-Privada (PPP)”, La Ley – Suplemento de Derecho Administrativo, agosto 2016, pp. 5-9.

⁴⁵¹ Ver: Unidad de Participación Público Privada, Guías Orientativas – arts. 4° y 9° Ley 27.328 y Decreto 118/17, disponible en: https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/GUIAS_PPP_Indice_Informe_Autoridades_Convocantes_art4y9.pdf

⁴⁵² Ver, entre otros: DIANA, NICOLÁS, “La excepción de incumplimiento en la concesión de servicios públicos”, LL, 2008-D, 856.

(v) facultad de cesión parcial o total del contrato, transcurrido el 20% de la ejecución, previa aceptación lisa y llana de los financistas y la contratante, o antes, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación que deberá ser informado a la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada creada por el artículo 30 de la Ley 27.328.

El artículo 10 de la ley regula una garantía adicional a favor del contratista, en caso de extinción anticipada del contrato de PPP por parte de la contratante, previo a la toma de posesión de los activos, que reconoce el pago del monto total de la compensación que pudiese corresponder según la metodología de valuación y procedimientos de determinación que establezcan la reglamentación y la documentación contractual, “la que en ningún caso podrá ser inferior a la inversión no amortizada [...] en todos los casos se deberá asegurar el repago del financiamiento aplicado al desarrollo del proyecto”.

Como una excepción a lo normado en el propio Código Civil y Comercial, la ley en comentario establece en su artículo 11 que la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en los pliegos y el contrato, supletoriamente se aplicarán sus normas. Recordamos que los artículos 1764 y 1765 disponen que las disposiciones de su Capítulo 1 - Título V (“Responsabilidad Civil”) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, y que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local según corresponda. A su vez, el artículo 10 de la Ley 26.944, establece que: “La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria...”.

Este es un punto interesante, en cuanto a la responsabilidad de la parte “pública” del PPP y eventuales incumplimientos sea como “socio” o “soberano”, en el ejercicio de prerrogativas públicas, diferenciación no menor, sobre todo, frente a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 27.328, en cuanto establece que: “*Para todas las controversias* que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la *ejecución*,

aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje. En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación”.

El Capítulo II del Proyecto (artículos 12 a 17) refiere a los procedimientos de selección del contratista, siendo el principio la licitación o concurso público, nacional o internacional. Quizás hubiera sido deseable la incorporación de la iniciativa privada (Decreto 966/05, vigente) como alternativa expresa, pese a lo normado en el artículo 17. Asimismo, se contempla como producto del debate parlamentario la aplicación de la Ley 25.551 (“Régimen de Compre Trabajo Argentino”)⁴⁵³, el fomento de la participación directa o indirecta de las pequeñas y medianas empresas y el fomento de la industria y trabajo nacional, facultando al Poder Ejecutivo Nacional para exceptuar o limitar las exigencias y preferencias (33%, como mínimo, de los componentes de bienes y servicios deben ser nacionales). Esta limitación o excepción debe contar con “dictamen fundado y previa intervención del Ministerio de Producción de la Nación, [justificando] la conveniencia o necesidad [...] en las condiciones o necesidades particulares del proyecto”.

El artículo 13 determina que previo a procederse a un llamado a licitación o concurso público para la adjudicación y ulterior celebración de un contrato de

.....

⁴⁵³ Ver, al respecto: COMOTTO, SABRINA, “Las políticas de ‘compre’ y ‘contrate nacional’. El direccionamiento del poder de inversión del sector público nacional hacia el mercado interno (1963-2003)”, RAP-Circular Letter N° 135, 2011; FERNÁNDEZ, BETTINA, “El poder de Compre o Contrate Nacional en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires”, RAP, 389-59; SALCEDO, NORMA, HUBEŇAK, JUAN MANUEL, “Actualidad de los regímenes de Compre y Contrate Nacional”, RAP, 28-119; VEGA, SUSANA E. y CRIVELLI, JULIO C., “Régimen de Compre Argentino y Contrate Nacional”, Separata - RAP, 337.

participación público-privada, la autoridad convocante deberá emitir un dictamen respecto de los siguientes aspectos⁴⁵⁴:

(a) La factibilidad y justificación de la contratación, previa intervención de la Subsecretaría de Participación Público Privada, exponiéndose las razones por las cuales se considera que el interés público se verá mejor atendido mediante el recurso a esta modalidad frente a otras alternativas contractuales disponibles;

(b) El impacto que los gastos o sus aumentos generados tendrán en las metas de resultado fiscal previstas en las leyes de presupuesto pertinentes;

(c) La estimación del efecto financiero y presupuestario por los ejercicios presupuestarios durante los cuales el contrato será ejecutado;

(d) La estimación de la suficiencia del flujo de recursos públicos, durante la vigencia del contrato y por cada ejercicio presupuestario comprometido, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas;

(e) Las externalidades que provocará el proyecto, incluyendo la estimación sobre el flujo probable de ingresos futuros que generará el desarrollo del proyecto a favor de las jurisdicciones pertinentes;

(f) El impacto que provocará el proyecto en la generación de empleo, y en el fomento de las pequeñas y medianas empresas y de la industria nacional en general;

(g) El impacto socio ambiental que provocará el proyecto;

(h) La evaluación de costo-beneficio respecto del recurso a esta modalidad contractual, considerando los riesgos en caso de extinción del contrato;

.....
⁴⁵⁴ Ver: Unidad de Participación Público Privada, Guías Orientativas – art. 13 Ley 27.328 y Decreto 118/17, disponible en: https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/GUIAS_PPP_Informe_de_las_Autoridades_Convocantes_art13.pdf

(i) La evaluación sobre el equitativo reparto de riesgos dispuesto entre las partes de conformidad con los principios contenidos en el artículo 4 de la presente ley, el que deberá ser idéntico al establecido en el contrato, y

(j) Otros datos que permitan evaluar la conveniencia del proyecto.

Un punto a mencionarse es la inclusión en el artículo 14 del denominado “sistema de diálogo competitivo”. El diálogo competitivo es un procedimiento de adjudicación de contratos del sector público, importado del Derecho comparado, en el que órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta⁴⁵⁵.

El Capítulo III (artículos 18 a 20) alude a las garantías de las obligaciones de pago que se asuman en el marco de un PPP y, entre ellas: (a) la afectación específica y/o transferencia de recursos tributarios, créditos, bienes, fondos y cualquier clase de ingresos públicos; (b) la creación de fideicomisos y/o utilización de fideicomisos existentes –incluyendo la constitución de fideicomisos financieros–; (c) fianzas, avales y cualquier otra garantía; (d) la constitución de cualquier otro instrumento que cumpla la función de garantía; (e) en especie, a través de los derechos de explotación de los bienes de dominio público o privado concedidos al contratista.

Si bien consideramos de relevancia la autorización genérica del legislador para constituir garantías, la remisión o modificación de las normas aplicables y vigentes en

.....

⁴⁵⁵ Cfr. artículo 179.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo N° 3/2011 (España). El diálogo competitivo es un procedimiento establecido en la Directiva UE N° 2004/18, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

la especie entendemos que favorecerá su implementación en forma más práctica (ver: Leyes 11.672 –t.o. 2014– y 24.156⁴⁵⁶, Decreto 1344/07, entre otras).

Toda garantía pública implica una afectación del patrimonio estatal y en el supuesto de afectación de recursos tributarios como se propone y/o cualquier clase de ingreso público, se requiere una norma de jerarquía legal, además de que por la naturaleza del tributo o recurso que se trate, en algunos supuestos se estará también afectando el Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos⁴⁵⁷. El federalismo fiscal, “es decir, la imposición del capital en un nivel geográfico y político lo más amplio posible”⁴⁵⁸, deberá verse reflejado no sólo en el plano formal, sino también material.

El Capítulo IV, integrado originalmente por el artículo 21, al que luego se le adicionó el artículo 22, alude a la regulación y control de la ejecución del contrato.

Por un lado, estatuye que las funciones de regulación y de poder de policía del Estado son indelegables. Sea cuestionable o no aclarar lo que ya no existe, remarcamos, una vez más, la innecesariedad e inutilidad, en la actualidad, de seguir aludiendo domésticamente al instituto del poder policía para justamente sustentar el ejercicio de la función de regulación en cabeza del Estado⁴⁵⁹.

.....

⁴⁵⁶ En particular, la Ley 24.156 se ocupa del crédito público y lo define como la capacidad que tiene el Estado de endeudarse con el objeto de captar medios de financiamiento.

El crédito público tiene por objeto realizar inversiones productivas, atender casos de evidente necesidad nacional, reestructurar la organización del Estado o refinanciar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos. La norma aclara que se prohíbe realizar operaciones de crédito público para financiar gastos operativos. La deuda pública puede originarse en emisión de títulos, bonos u obligaciones; letras del tesoro; contratación de préstamos con instituciones financieras; contratación de obras, servicios o adquisiciones; otorgamiento de avales, fianzas o garantías; y la consolidación, conversión y renegociación de otras deudas. Asimismo, la deuda pública externa es aquella que ha sido contraída con otro Estado, organismo internacional o persona sin residencia en el país y cuyo pago pueda ser exigido fuera del territorio de la República Argentina (Arg. PTN, Dictámenes: 273:65; ver artículos 56 a 65, ccs., y reglamentación aprobada por el Decreto 1344/07.)

⁴⁵⁷ Al respecto, ver: artículos 4 y 75, incisos 2, 3, 4 y 7, de la Constitución Nacional.

⁴⁵⁸ PİKETT, THOMAS (GEORGIADIS, MARÍA DE LA PAZ, trad.), *La economía de las desigualdades. Cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, p. 65.

⁴⁵⁹ Por todos ver: GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, T. 2, La defensa del usuario y del administrado*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2014, Cap. V.

Un aspecto que hemos cuestionado y que luego en el trámite legislativo se tradujo en la incorporación del artículo 22, era la ausencia de mención del control externo de la Auditoría General de la Nación, aunque sí mencionaba en el artículo 21 original que la reglamentación o los pliegos podían prever la posibilidad de acudir a auditores externos para controlar la ejecución de los proyectos. Encontrándose afectado el patrimonio estatal, es por demás razonable el control externo público⁴⁶⁰.

El Capítulo V (artículo 23) refiere a las incompatibilidades genéricas para ser oferente o contratar bajo el régimen de PPP (directa o indirectamente). A saber:

(a) Carecer de capacidad o de legitimación para contratar con el Estado, en general, o con el contratante, en particular;

(b) Haber actuado como asesores contratados por la contratante en la implementación del proyecto en el que pretenden participar como potenciales oferentes;

(c) Ser funcionario público dependiente de la contratante, o ser una firma, empresa o entidad con la cual el funcionario esté vinculado por razones de dirección, participación o dependencia;

(d) Tener proceso concursal en trámite o quiebra;

(e) Si se hubiere decretado dentro de los 3 (tres) años calendarios anteriores contados desde la fecha de la última publicación del llamado público, la resolución por

.....

⁴⁶⁰ En su momento, también habíamos sugerido la previsión de los estatutos de las futuras sociedades a crearse en este marco, de la participación de la Sindicatura General de la Nación dentro de los órganos de fiscalización interna (Ver, en tal sentido, la Resolución 37 de la Sindicatura General de la Nación de fecha 17 de mayo de 2006, en cuanto aprueba las "Normas Mínimas de Control Interno para el Buen Gobierno Corporativo en Empresas y Sociedades del Estado", aplicables a todas las empresas y sociedades del Estado, denominación que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, conforme los términos del inciso b) del artículo 8 de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional. Están excluidas aquellas empresas y sociedades del estado que por realizar oferta pública de valores negociables se encuentren comprendidas en el "Régimen de Transparencia de la Oferta Pública" y las entidades financieras bajo control del Banco Central de la República Argentina).

incumplimiento de su parte de un contrato celebrado con el Estado Nacional, en general, o con la contratante, en particular;

(f) Haber recibido sanciones por violación a normas ambientales siempre que la resolución se encuentre firme y hubieran sido aplicadas dentro de los 24 (veinticuatro) meses anteriores al llamado público;

(g) Adeudar créditos impositivos y/o previsionales a la Administración Federal de Ingresos Públicos determinados mediante acto administrativo o sentencia judicial firmes; y

(h) Los procesados por auto firme y los condenados por alguno de los delitos previstos en los títulos XI, XII y XIII del Código Penal de la Nación.

El Capítulo VI, en su artículo 24, bajo el título de “Anticorrupción”, incluye, como una verdad de Perogrullo olvidada en la práctica administrativa y comercial argentina, la prohibición de dar u ofrecer dinero o dádivas a funcionarios o empleados públicos para generar algún favoritismo o disfavor respecto *únicamente* a la etapa de licitación, aun cuando no se hubiera consumado la conducta sino en grado de tentativa.

El Código Penal, la Ley 25.188, las Convenciones de la OEA y de la ONU contra la Corrupción son suficientemente amplias y específicas en esta materia⁴⁶¹. Resulta

.....
⁴⁶¹ Como ejemplo, el artículo 9 de la Convención de la ONU contra la Corrupción, al respecto impone a los Estados parte las siguientes obligaciones:

“1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre litaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;

b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;

c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

cuestionable legislar sobre lo que ya existe, y más aún limitarlo solamente a una fase de la contratación de la PPP, cuando –por caso– los momentos que dan lugar a mayores tropelías y origen de renta diferencial ilegal son aquellos en los cuales lo que se discute es la readecuación y redeterminación de precios, expedición de certificados, contratación de empresas vinculadas y abuso en los precios de transferencia, entre otros⁴⁶².

Al mismo tiempo, cabe indicar que el párrafo final del artículo 24 de la Ley 27.328 establece que: “Los funcionarios que tomaran conocimiento de la comisión de alguna de las conductas descritas en el presente artículo, deberán formular la

d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;

e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

2. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas:

a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional;

b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos;

c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente;

d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y

e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.

3. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estado financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos”.

⁴⁶² Al respecto, desde la doctrina comparada se ha expresado que: “Fighting corruption involves decreasing the discretion of contracting authorities by making greater use of centrally determined guidelines on contracts, or even standardized contracts designed centrally and applied locally, like those used in the UK or by the World Bank” (LOSSA, ELISABETTA / MARTIMORT, DAVID, “Corruption in Public-Private Partnerships, Incentives and Contract Incompleteness”, CESifo DICE Report 3/2014, September, p. 16, con cita de GUASCH, J. L., “Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right”, WBI Development Studies, 2004; GUASCH, J. L. / STRAUB, S., “Corruption and Concession Renegotiations. Evidence From the Water and Transport Sectors in Latin America”, Utilities Policy 17, 2009, pp. 185–90.) Ver, asimismo: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), “Public-private dialogue as a tool for preventing corruption: UNODC’s public-private partnership projects around the world”, publicado en: https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Corruption/5_Factsheet_-_Public-private_dialogue_as_a_tool_for_preventing_corruption.pdf

pertinente y formal denuncia ante los tribunales y órganos competentes según corresponda”. El artículo 177.1 del Código Procesal Penal vigente, al respecto, dispone que los funcionarios o empleados públicos tienen la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio que conozcan en ejercicio de sus funciones. Dicha obligación se encuentra reglamentada por el Decreto 1162/00⁴⁶³. Vemos, por tanto, otra superposición normativa innecesaria.

En la percepción de la corrupción y su juzgamiento, aparece la idea de la verdad como hecho interpretativo (judicial o mediático) donde el rol del intérprete (operador) jurídico está limitado o influenciado por las consecuencias de su propio análisis, su impacto social y político. Así, en “la idea de que la verdad es un hecho interpretativo entran muchas de las críticas modernas a la mentira social en la que siempre se ha basado la dominación de los fuertes sobre los débiles”⁴⁶⁴.

Mucha hipocresía se percibe en torno a la corrupción, en cuando desde el discurso se la combate y desde la práctica se la tolera o acepta como un costo de

.....

⁴⁶³ Cuyo texto prevé:

“Art. 1° — Los funcionarios y empleados públicos comprendidos en la obligación de denunciar impuesta por el artículo 177, inciso 1° del Código Procesal Penal de la Nación, cumplirán su deber legal poniendo a la OFICINA ANTICORRUPCION del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, en conocimiento de los hechos y/o pruebas que fundamenten la presunción de la comisión de un delito perseguible de oficio cometido en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas y sociedades y todo ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal. Exceptuándose de la obligación dispuesta en el párrafo precedente las situaciones de flagrante delito y aquellos supuestos en los cuales el defecto de promoción inmediata de la denuncia por ante la autoridad competente pudiera provocar la desaparición o pérdida de elementos probatorios. En tal caso se pondrá en conocimiento de la OFICINA ANTICORRUPCION, la denuncia formulada dentro de las VEINTICUATRO (24) horas con copia de ella, a fin de que tome la intervención que corresponde”.

“Art. 2° — Los presuntos delitos que no sean objeto de investigación por parte de la OFICINA ANTICORRUPCION del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS deberán ser denunciados ante el Juez, el Agente Fiscal o ante la Policía por los funcionarios y agentes enunciadados en el artículo 1° del presente de conformidad a lo establecido en el artículo 177, inciso 1° del Código Procesal Penal de la Nación”.

“Art. 3° — Los funcionarios y empleados mencionados en el artículo 1° del presente que tomen conocimiento de la existencia de procedimientos o esquemas de organización que pudieran incentivar hechos de corrupción en el ámbito de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas y sociedades y todo ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, deberán comunicar dicha situación a la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la OFICINA ANTICORRUPCION del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS”.

⁴⁶⁴ VATTIMO, GIANNI (D' MEZA, MARÍA TERESA -trad.-), *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010, p. 26.

transacción más o una renta diferencial de origen ilegal, pero renta al fin (no gravada ni sujeta al control del Fisco, es claro).

.....
243
.....

El Capítulo VII, en sus artículos 25 a 27, regula la “Solución de Controversias”, autorizando la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y arbitraje; estableciendo el artículo 26 que contra laudos arbitrales definitivos cuya sede sea la República Argentina sólo podrán interponerse los recursos del artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no pudiendo dar, en ningún caso, “lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente. En ningún caso será de aplicación a dichos laudos el tercer párrafo del artículo 1.656 del Código Civil y Comercial de la Nación”. Sin entrar en el análisis casuístico de la extensión en la revisión del laudo, anteriormente al comentar el Proyecto que luego sería sancionado como Ley 27.328, habíamos señalado que la exclusión expresa del artículo 1656 citada, devenía innecesaria por cuanto el artículo 1651, *in fine*, del mismo Código, establece que: “... Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local”. En una relectura de la norma finalmente sancionada, consideramos pertinente la invocación expresa de la excepción respecto al socio privado en la PPP, aunque mantenemos nuestra opinión inicial en lo que hace al socio público excluido expresamente por el último artículo citado.

La reglamentación del artículo 25 de la Ley 27.328, aprobada por el Decreto 118/17, complementando sus prescripciones, establece que:

“1. En el Pliego y en el Contrato PPP podrá encomendarse la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras de reconocida trayectoria en la materia. En tal caso, los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras regirán el proceso arbitral e integrarán el contrato de arbitraje”.

“2. El Tribunal Arbitral estará integrado por UNO (1) o TRES (3) árbitros de derecho. En el supuesto en que el Tribunal Arbitral esté integrado por UN (1) árbitro, el mismo será designado por acuerdo entre las Partes o, en su defecto, por la entidad administradora del arbitraje designada o por el órgano que se prevea en el Pliego o en el Contrato PPP. En el

caso restante, los árbitros serán designados, UNO (1), a propuesta del Ente Contratante, UNO (1) a propuesta del Contratista PPP y UNO (1) que será nombrado por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el órgano que se prevea en el Pliego o en el Contrato PPP. El Pliego podrá prever que el presidente del tribunal no podrá tener la nacionalidad de ninguna de las Partes o de cualquier accionista que tenga más del DIEZ POR CIENTO (10%) de las acciones del Contratista PPP”.

“3. En el Contrato PPP las Partes deberán reconocer: (i) que la cláusula o contrato de arbitraje es autónomo respecto del Contrato PPP con el que se relaciona, por lo que la eventual ineficacia de éste no obsta a la validez de la cláusula o del contrato de arbitraje, y los árbitros conservarán su competencia, aun en caso de nulidad del Contrato PPP, para determinar los respectivos derechos de las Partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones, y (ii) que la cláusula o el contrato de arbitraje otorga al Tribunal Arbitral la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, el alcance o validez de las cláusulas o contrato de arbitraje o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”.

““4. En caso de optarse por arbitraje que tenga sede fuera del territorio de la REPÚBLICA ARGENTINA por tratarse de Contratistas PPP que tengan accionistas extranjeros, con el porcentaje mínimo que se establezca en los Pliegos de cada Proyecto, la respectiva cláusula arbitral o el contrato de arbitraje deberán ser aprobados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL. Dicha aprobación deberá ser comunicada por el JEFE DE GABINETE DE MINISTROS al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN”.⁴⁶⁵

Los Capítulos VIII (artículos 28 y 29) y IX (artículo 30) disponen la creación de dos órganos centrales en lo que hace al apoyo consultivo, operativo y técnico durante las etapas de formulación del proyecto, elaboración de la documentación licitatoria y ejecución del contrato, por un lado, y por el otro de seguimiento, se trata de la Subsecretaría de Participación Público Privada y la “Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada”, respectivamente.

.....

⁴⁶⁵ Cfr. artículo 21 del Decreto 936/2017.

• **Unidad de Participación Público-Privada, actual Subsecretaría de Participación Público Privada**⁴⁶⁶

- Creada por el artículo 2° del Decreto 118/17.

- Tiene a su cargo la centralización normativa de los contratos regidos por la Ley 27.328.

- A solicitud de los órganos o entes licitantes, prestará apoyo consultivo, operativo y técnico en las etapas de formulación del proyecto, elaboración de la documentación licitatoria o ejecución del contrato.

- Las funciones y los respectivos alcances serán determinados en su reglamentación, abarcando, entre otros: (a) asesorar al Poder Ejecutivo en la elaboración de programas y planes de desarrollo de PPP; (b) asistir al Poder Ejecutivo en la preparación de regulación para el funcionamiento general del sistema de PPP, así como manuales, guías y modelos contractuales de aplicación general, entre otras; (c) asesorar a requerimiento de las entidades contratantes en el diseño y estructuración de los proyectos, estudios de factibilidad, preparación de documentación licitatoria, promoción nacional y/o internacional de los proyectos, y en la implementación de los procedimientos de selección de los contratistas; (d) asesorar a requerimiento de las entidades contratantes en el diseño, organización y funcionamiento de sistemas de control de actividades a cargo de sus respectivos contratistas; (e) asistir a requerimiento las entidades contratantes en los procesos de fortalecimiento de sus capacidades para la estructuración y control del desarrollo de PPP; (f) asumir funciones delegadas en materia de estructuración y/o control de PPP desde las respectivas entidades contratantes, en cumplimiento del marco normativo vigente; (g) concentrar toda la documentación antecedente de cada

.....
⁴⁶⁶ Cfr. artículo 2 del Decreto 936/2017.

uno de los contratos suscritos en los términos de la Ley 27.328; (h) ser la entidad responsable en los términos del artículo 30 de la Ley 27.275 - “Derecho de Acceso a la Información Pública”⁴⁶⁷.

- Deberá instrumentar un sitio específico de consulta pública y gratuita de Internet, con el fin de dar adecuada difusión a los actos administrativos, auditorías e informes relacionados con las licitaciones y contratos que se efectúen en el marco de esta ley. En tal sentido, se establece expresamente que: “No podrá convocarse a licitación o concurso público alguno antes de que hubiesen transcurrido treinta (30) días desde que la Subsecretaría de Participación Público Privada hubiese publicado en el sitio antes mencionado la totalidad de los estudios e informes relativos al proyecto en cuestión, así como los dictámenes de la autoridad convocante en los términos del artículo 13 de esta ley” (artículo 29).

- Anualmente la Subsecretaría deberá concurrir ante la Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada a los efectos de brindar un informe fundado sobre el estado de ejecución y cumplimiento de los contratos de PPP que se encontrasen en curso, así como respecto de las condiciones y características de aquellos proyectos que la

⁴⁶⁷ Es decir, como Responsable de Acceso a la información pública, respecto a los sujetos obligados abarcados por la Ley 27.328. En tal sentido, conforme el artículo 31 de la Ley 27.275, deberá: “a) Recibir y dar tramitación a las solicitudes de acceso a la información pública, remitiendo la misma al funcionario pertinente; b) Realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes de acceso a la información pública; c) Llevar un registro de las solicitudes de acceso a la información pública; d) Promover la implementación de las resoluciones elaboradas por la Agencia de Acceso a la Información Pública; e) Brindar asistencia a los solicitantes en la elaboración de los pedidos de acceso a la información pública y orientarlos sobre las dependencias o entidades que pudieran poseer la información requerida; f) Promover prácticas de transparencia en la gestión pública y de publicación de la información; g) Elaborar informes mensuales para ser remitidos a la Agencia de Acceso a la Información Pública o a los organismos detallados en el artículo 28 de la presente ley, según corresponda, sobre la cantidad de solicitudes recibidas, los plazos de respuesta y las solicitudes respondidas y rechazadas; h) Publicar, en caso de corresponder, la información que hubiese sido desclasificada; i) Informar y mantener actualizadas a las distintas áreas de la jurisdicción correspondiente sobre la normativa vigente en materia de guarda, conservación y archivo de la información y promover prácticas en relación con dichas materias, con la publicación de la información y con el sistema de procesamiento de la información; j) Participar de las reuniones convocadas por la Agencia de Acceso a la Información Pública; k) Todas aquellas que sean necesarias para asegurar una correcta implementación de las disposiciones de la presente ley”.

unidad considerase conveniente desarrollar bajo dicha modalidad durante los próximos dos (2) ejercicios presupuestarios.

- Los registros y procesos correspondientes a la Ley 27.328 y su reglamentación deberán hacerse a través de todos los sistemas de gestión documental que se encuentren habilitados, incluidos la firma electrónica y digital, los documentos y expedientes electrónicos y los registros electrónicos; los que deberán contemplar los mismos atributos que se han previsto para su gestión en soporte papel. Conforme el artículo 14 del Decreto 118/17, deberá elaborar y presentar ante el Poder Ejecutivo Nacional en un plazo no mayor a noventa días a partir de la publicación del citado decreto, una propuesta de reglamentación del procedimiento transparente de consulta.

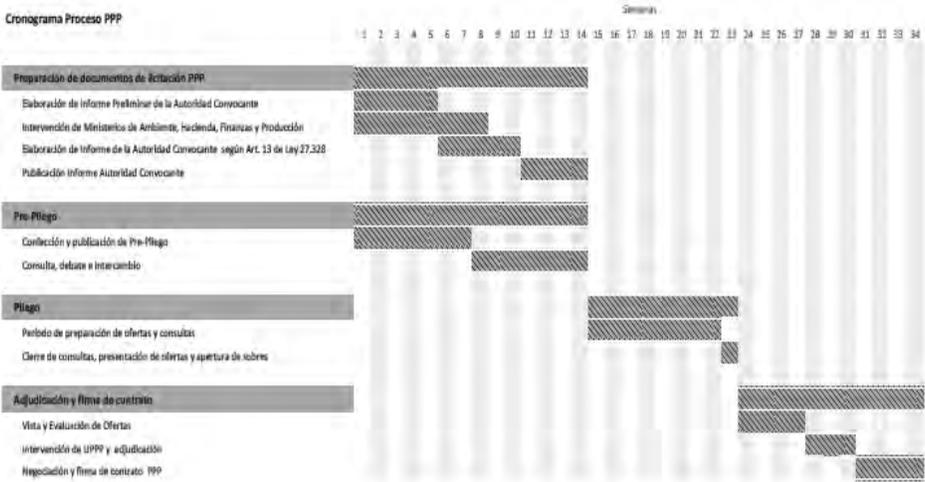
- En forma conjunta con el Ministerio de Modernización, deberá identificar las alternativas electrónicas disponibles de manera que éstas puedan ser utilizadas en la implementación del régimen de la Ley 27.328 e incluidas en las guías orientativas de prácticas que, a tales efectos, emitirá la Unidad para su ulterior incorporación en los Pliegos de Bases y Condiciones Generales y Particulares que regirán las contrataciones que se desarrollen bajo el régimen de la referida ley.

- Junto a la Oficina Anticorrupción deberá identificar las mejores prácticas de transparencia y ética vigentes internacionalmente en materia de proyectos de participación público-privada para su incorporación en las guías que emitirá la Subsecretaría para su posterior inclusión en los Pliegos (cfr. artículo 24, Decreto 118/17).

- Toda la información correspondiente a la Unidad, constituida en el ámbito del actual Ministerio de Finanzas de la Nación, se encuentra difundida en el sitio <https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/>. Allí puede consultarse:

- o Marco Regulatorio.

- Guías Orientativas de PPP: (i) Para Autoridades Convocantes - Índice del Informe Preliminar previsto en los Artículos 4 y 9 de la Ley 27.328 y del Decreto Reglamentario 118/2017; (ii) Guías de PPP: Para Autoridades Convocantes – Informe previsto en el artículo 13 de la Ley 27.328 y Decreto Reglamentario 118/2017; (iii) Guía Orientativa para Contratos Estructurados bajo el Régimen de Participación Público Privada (Cfr. Ley N° 27.328 y su D.R. N° 118/17); (iv) Flujograma de PPP; (v) Cronograma Proceso PPP. En cuanto al último punto señalado, se estipula en 34 semanas el plazo estimado total desde el inicio del procedimiento de selección hasta el perfeccionamiento del contrato de PPP⁴⁶⁸.



• Comisión Bicameral de Seguimiento de Contratos de Participación Público-Privada

⁴⁶⁸ Cfr. https://www.minfinanzas.gob.ar/uppp/docs/Gantt_Proceso_PPP.pdf

- Está integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados del Honorable Congreso de la Nación elegidos por sus respectivos Cuerpos, respetando la proporcionalidad de las fuerzas políticas que los componen.

- La Comisión establecerá su estructura interna y dictará su propio reglamento de funcionamiento.

- Su misión fundamental es efectuar el seguimiento de los proyectos desarrollados bajo contratos de PPP, así como verificar el cumplimiento de la Ley 27.328, sus resultados y las perspectivas de desarrollo futuro de estas modalidades contractuales.

- Tendrá acceso a toda la documentación pertinente, incluyendo los contratos que se firmen bajo este régimen, no pudiendo oponérsele a estos efectos las eventuales cláusulas de confidencialidad de dichos contratos. Sin perjuicio de ello, la comisión, sus miembros y empleados deberán garantizar la confidencialidad de la información de índole industrial o comercial de ese carácter en los términos de la legislación vigente, asumiendo las responsabilidades correspondientes por su divulgación.

- Podrá formular las observaciones, propuestas y recomendaciones que estime pertinentes comunicándolas a sus respectivos Cuerpos.

Por último, el Capítulo X⁴⁶⁹ de la Ley 27.238 invita a su adhesión a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y dispone que a las contrataciones de PPP no se les aplicará directa, supletoria ni análogamente: las Leyes 13.064 y 17.520 (Leyes de Obras Públicas y Concesión de Obras Públicas), el Decreto 1023/01 y su reglamentación (Régimen Nacional de Contrataciones de la Administración Nacional),

.....
⁴⁶⁹ Vale indicar que la Ley 27.328 no incluyó la derogación del Decreto 1299/00 tal cual lo propiciado en el proyecto original.

régimen de la Ley 27.328⁴⁷⁵; (ii) declaró en forma genérica y abstracta de interés nacional a todos los proyectos que se desarrollen en el marco de las disposiciones de la Ley 27.328; (iii) invita a las jurisdicciones que adhieran al régimen de la Ley 27.328 a eximir del impuesto de sellos a todos los contratos y subcontratos que sean necesarios para instrumentar los proyectos a ser ejecutados total o parcialmente en sus territorios bajo dicho régimen; extremo –este último– harto común en las legislaciones tributarias de las provincias y la CABA, donde la atomización y doble imposición de esta particular y arcaica gabela que grava el tráfico jurídico sobre actos instrumentados formalmente y con un cierto contenido económico es un aspecto que afecta en muchos casos la decisión al momento de invertir, provocando hipoxia, en un principio y, luego, asfixia.

En lo que respecta en sí mismo al texto de la reglamentación de la Ley 27.328, vale a los fines del presente enunciar sus aspectos generales. Cabe puntualizar entonces que:

- Incluye un capítulo preliminar sobre definiciones aplicables.
- Toda referencia a una norma se entenderá comprensiva de las normas que la modifiquen o sustituyan.
- Toda mención de días se entenderá referida a días hábiles administrativos a menos que se indique expresamente lo contrario.

⁴⁷⁵ Dicha norma establece que: “Ninguna sociedad excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales. Se exceptúa el caso en que el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas. Quedan excluidas de estas limitaciones las entidades reguladas por la Ley 18.061. El Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar en casos concretos el apartamiento de los límites previstos. Las participaciones, sea en partes de interés, cuotas o acciones, que excedan de dicho monto deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte que el límite ha sido superado. Esta constatación deberá ser comunicada a la sociedad participada dentro del plazo de diez (10) días de la aprobación del referido balance general. El incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella”. El destacado es propio.

- Los derechos de cada una de las Partes emergentes de la Ley y del Reglamento, según los textos vigentes al momento de presentar la oferta, se considerarán incorporados de pleno derecho al respectivo Contrato PPP.

- Inclusión en el Contrato PPP de cláusulas de cualquier tipo contractual nominado o innominado; todo ello en tanto resulte compatible con el régimen de la Ley y adecuado a la naturaleza del Proyecto específico de que se trate.

- Se exceptúan del PPP los Proyectos cuyo único objeto sea la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras financiadas sustancialmente con fondos del Tesoro Nacional.

- Cuando un ente del Sector Público Nacional actúe como Contratista PPP o participe en el Contratista PPP, no será de aplicación ninguna norma que por esa circunstancia excluya la necesidad de adjudicar el Contrato PPP a través de una Licitación. En tales supuestos dicho ente deberá actuar en igualdad de condiciones con los demás Oferentes, sin que pueda establecerse o invocarse en su beneficio preferencia alguna.

- Cuestiones generales en cuanto al procedimiento de selección aplicable, incluyendo el cumplimiento de las obligaciones en materia ambiental, lo que deberá estar contemplado en los pliegos, junto con la colaboración oficiosa del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable ante las autoridades locales.

- Faculta al Ministerio de Hacienda para aprobar, previa intervención de la Subsecretaría de Participación Público Privada, la reglamentación a la que deberán ceñirse los órganos y entes del Sector Público Nacional para definir e informar las erogaciones y compromisos que asuman en el marco de los Proyectos. Asimismo, prevé la intervención de dicha cartera de Estado respecto a cada Proyecto sobre: (i) la razonabilidad de la utilización de los recursos públicos; (ii) los términos y condiciones del Contrato PPP en sus aspectos económicos y financieros en lo atinente a la asunción de riesgos y obligaciones por parte del Sector Público Nacional; y (iii) con respecto a los términos y condiciones del Contrato PPP en lo atinente a la asunción de riesgos y

obligaciones por parte del Sector Público Nacional relacionados con la estructura financiera propuesta, incluyendo su costo financiero, y en la medida en que involucre endeudamiento público.

- En los casos en que cualquier Ente perteneciente al Sector Público Nacional recurra a la utilización del crédito público, deberá cumplir con los requerimientos del artículo 56 y concordantes de la Ley 24.156 y demás legislación que resulte aplicable.

- Cuando se constituya un fideicomiso como instrumento de financiamiento de un Proyecto, éste deberá constituirse como fideicomiso financiero en los términos establecidos por el Código Civil y Comercial de la Nación.

- Los aportes representados por acciones deberán cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 19.550.

- Expropiación: se podrá prever que el Contratista PPP realice por sí o por terceros, y por su cuenta, todas o algunas de las actividades que le competen al Ente Contratante en los aspectos técnicos para la individualización de los bienes declarados por ley, de utilidad pública, conforme a los términos de la Ley 21.499, y a ser expropiados para permitir la ejecución del Proyecto. Todas las indemnizaciones por expropiación deberán estar a cargo del Ente Contratante a menos que en el Pliego se prevea que, hasta un monto determinado, estén a cargo del Contratista PPP, en cuyo caso se las considerará incluidas en el precio ofertado.

- Prevé reglas especiales, según lo contemple el Pliego, cuando el Contratista PPP contrate a una Empresa Ejecutante.

- El Pliego y el Contrato PPP deberán especificar que el Contratista PPP, la Empresa Ejecutante y los respectivos subcontratistas deberán dar cumplimiento a toda la legislación laboral, de higiene y seguridad en el trabajo y de seguridad social aplicable.

- Cuando el Proyecto consista fundamentalmente en la construcción de una obra, la recepción provisoria sólo podrá tener lugar cuando la obra esté completada en

lo sustancial conforme lo determine el Auditor Técnico, de haberlo previsto, y de acuerdo a lo establecido en el Contrato PPP. No obstante, cuando la naturaleza del Proyecto lo permita, podrán establecerse en el Contrato PPP recepciones parciales por tramos o módulos funcionales. A partir de la recepción provisoria de la obra, el Contratista PPP tendrá derecho a percibir la Contraprestación correspondiente a esa etapa. En los casos en que se admitan recepciones parciales por tramos o módulos funcionales, el Contratista PPP tendrá derecho a percibir la Contraprestación correspondiente a dicho tramo o módulo en las condiciones que contemple el Contrato PPP.

- Siguiendo la técnica de la Ley 13.064, la recepción provisoria tendrá carácter provisional hasta tanto se haya cumplido el plazo de garantía que se fije en el Contrato PPP.

- El Contrato PPP podrá prever que, cuando la recepción provisoria tenga lugar antes de la fecha prevista en el Contrato PPP, no se adelante el pago de la Contraprestación Pública pero sí el de la Contraprestación por Uso y se anticipe la etapa de operación y mantenimiento.

- La Contraprestación podrá ser pactada en dinero o en otros bienes.

- El Contrato PPP podrá prever mecanismos automáticos o no automáticos de revisión de la Contraprestación por variaciones de costos, incluyendo los financieros. Cuando se trate de variaciones de costos no financieros y se hubieran previsto procedimientos de revisión no automáticos, éstos se habilitarán de acuerdo a lo previsto en el Pliego o en el Contrato PPP.

- El Contrato PPP deberá contener mecanismos para restablecer, dentro de un plazo máximo fijado al efecto en el Pliego, su ecuación económico-financiera original cuando ésta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio, todo ello en los términos contemplados en el Pliego. Vencido dicho plazo sin solución satisfactoria para la Parte

afectada, ésta podrá recurrir al Panel Técnico, si lo hubiere, o en su defecto al arbitraje o al tribunal judicial competente, según se lo hubiera previsto en el Pliego.

- Se considera que una alteración es significativa cuando se hubiesen alcanzado los parámetros que, a tales efectos, deberán establecerse en el Pliego y en el Contrato PPP.

- Las alteraciones que sean consecuencia de las variaciones al Contrato PPP que el Ente Contratante se encuentra facultado para establecer unilateralmente solo en lo referente a la ejecución del Proyecto, deberán ser compensadas al Contratista PPP mediante la modificación de algún factor del régimen económico del Contrato PPP. El cálculo de las compensaciones y el ajuste de los factores mencionados anteriormente deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable según lo disponga el Pliego y/o el Contrato PPP y el efecto económico que las variaciones puedan tener en el Proyecto.

- El Contratista PPP podrá contratar préstamos, emitir títulos de deuda con o sin oferta pública, constituir fideicomisos, financieros o no, que emitan títulos de deuda o certificados de participación, crear fondos comunes de inversión y/o cualquier otra estructura financiera susceptible de ser garantizada a través de la cesión de los Contratos PPP y/o de los derechos de crédito emergentes del Contrato PPP y sus correspondientes garantías, como así también ceder en garantía a las Entidades Financiadoras el Contrato PPP y, en su caso, sus garantías (cfr. artículo 1620, Código Civil y Comercial de la Nación)⁴⁷⁶, estableciendo para hacer oponible a terceros la cesión del derecho al cobro de las prestaciones a cargo de tales usuarios, la publicación de la cesión por el término de tres días en el Boletín Oficial y en su caso, en un diario

.....

⁴⁷⁶ Artículo 1620. "Efectos respecto de terceros. La cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables".

de la jurisdicción de emplazamiento del Proyecto, dicha cesión deberá ser, en todos los casos, comunicada al Ente Contratante, que —en su caso— preverá la notificación a los usuarios para el supuesto de modificarse el domicilio de pago al que ellos están obligados.

- Los derechos de superficie que se constituyan sobre bienes del dominio público y/o privado seguirán la suerte del Contrato PPP al cual han sido afectados, estableciendo las reglas generales para extinción.

- El Pliego o el Contrato PPP deberán detallar las sanciones que podrán ser de aplicación al Contratista PPP, quedando prohibido aplicar sanciones no previstas o exceder los límites allí dispuestos. Previo a la aplicación de la sanción, se deberá resguardar el debido proceso adjetivo del Contratista PPP. En el análisis de los incumplimientos, el Ente Contratante no podrá subdividir el mismo hecho para imputar más de un incumplimiento, ni tampoco podrá multiplicar las imputaciones por incumplimientos a la misma obligación involucrada en el mismo hecho.

- La extinción unilateral del Contrato PPP por razones de interés público deberá ser declarada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

- Reglamenta la constitución de Paneles Técnicos, sea en el Pliego o en el Contrato PPP. Salvo previsión en contrario en el Pliego o en el Contrato PPP, podrán someterse a la resolución del Panel Técnico todas las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución o terminación del Contrato PPP, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al Contratista PPP y la de cualquier otro acto o medida que dicte el Ente Contratante y que tenga efectos sobre el Contrato PPP. Cuando el Pliego o el Contrato PPP hubiesen previsto la existencia de un Panel Técnico, ninguna controversia de índole técnica, interpretativa o patrimonial podrá ser sometida al Tribunal Judicial o Arbitral competente sin que antes haya sido sometida al Panel Técnico, con la excepción de la extinción del Contrato PPP por razones de interés público. Sin perjuicio de lo que corresponda en materia de dictado de medidas cautelares. Los integrantes del Panel Técnico serán

seleccionados por las Partes entre aquellos profesionales universitarios en ingeniería, ciencias económicas y ciencias jurídicas que se encuentren incluidos en el listado de profesionales habilitados que a tal efecto llevará la Subsecretaría de Participación Público Privada. Dicha lista se confeccionará previo concurso público de antecedentes, el que deberá ser convocado conjuntamente por la Autoridad de Aplicación y la Autoridad Convocante de cada Proyecto. Los profesionales que resultasen seleccionados integrarán la lista referida por un plazo de cuatro (4) años. Los gastos que insuma el funcionamiento del Panel Técnico, incluyendo los honorarios mensuales o diarios de sus miembros y sus gastos de traslado, serán solventados en partes iguales por las Partes, según el mecanismo y las escalas que se fijen en el Pliego o en el Contrato PPP. Asimismo, se prevé la conformación de listados provisorios hasta tanto se sustancien los respectivos concursos.

- La metodología de valuación y el procedimiento de determinación de la compensación que pudiese corresponder al Contratista PPP en casos de extinción anticipada del Contrato PPP por parte del Ente Contratante, será establecida en el Pliego y en el Contrato PPP, en base a los principios y procedimientos que, de modo general e internacionalmente, sean aceptados en la materia⁴⁷⁷.

- Los procedimientos de licitación pública o concurso público nacional e internacional resultarán de aplicación cualquiera fuera el valor del Proyecto y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes. Sea: (a) de etapa única o múltiple; (b) nacionales o internacionales, previendo para estas últimas que se podrán presentar como oferentes quienes tengan domicilio en el país o la sede principal de sus

⁴⁷⁷ La reglamentación se aparta así de los principios de Derecho Público aplicables en materia de expropiación (Ley 21.499), como así también a lo normado en las normas generales en materia de contrataciones públicas (Decreto 1023/01 y su reglamentación) e incluso de la Ley 13.064 (ver también artículo 10 de la Ley 26.944).

Si el objetivo es la adopción de métodos y procedimientos internacionales de valuación, es probable que el Pliego o los Contratos PPP opten por sistemas que apliquen el flujo descontado de fondos ("DCF", por su sigla en inglés), por ejemplo, a través de: (i) flujo de efectivo libre; (ii) flujo de efectivo para el accionista; (iii) flujo de efectivo para accionistas y acreedores), y (iv) flujo de efectivo operativo.

negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en el país, así como también quienes tengan la sede principal de sus negocios en el extranjero y no tengan sucursal debidamente registrada en el país.

- No será procedente, en ningún caso y cualquiera sea el objeto del Contrato PPP, la adjudicación directa.

- La participación en una Licitación no tendrá costo de acceso.

- Con autonomía de las formas y plazos de difusión para licitaciones y concursos nacionales, para los casos de licitaciones y concursos internacionales la convocatoria a presentar ofertas deberá también efectuarse mediante la publicación de un aviso en el sitio web de las Naciones Unidas denominado *UN Development Business*, o en el que en el futuro lo reemplace, o en el sitio web del Banco Mundial denominado *DG Market*, o en el que en el futuro lo reemplace y en el sitio equivalente del Banco Interamericano de Desarrollo, indistintamente, por el término de tres días, con un mínimo de sesenta días corridos de antelación a la fecha de vencimiento del plazo establecido para la presentación de las ofertas o para el retiro o descarga del Pliego, lo que operare primero.

- La Autoridad Convocante deberá difundir en el sitio web de la Subsecretaría de Participación Público Privada y en su propio sitio la siguiente información: (a) el dictamen de la Autoridad Convocante exigido por el artículo 13 de la Ley 27.328; (b) la convocatoria a la Licitación y los Pliegos; (c) las circulares aclaratorias o modificatorias; (d) las actas de apertura de las ofertas; (e) los cuadros comparativos de las ofertas; (f) la preselección en la Licitación de etapa múltiple; (g) el dictamen de evaluación de las ofertas; (h) la adjudicación, la decisión de declarar desierta o fracasada la Licitación o la de dejarla sin efecto.

- Se establece que cualquier persona podrá tomar vista, descargar y/o retirar el Pliego en la sede de la Autoridad Convocante, en su sitio web o en el de la Unidad.

- Entre otras cuestiones formales que hacen al procedimiento, la presentación de la oferta significará de parte del Oferente el pleno conocimiento y aceptación de las

normas y cláusulas que rijan la Licitación, por lo que no será necesaria la presentación del Pliego firmado junto con la oferta. La posibilidad de modificar la oferta precluirá con el vencimiento del plazo para presentarla, sin que sea admisible alteración alguna en la esencia de las ofertas después de esa circunstancia y durante toda la Licitación.

- Cuando proceda la posibilidad de subsanar errores u omisiones no esenciales contenidos en las ofertas se interpretará en todos los casos en el sentido de brindar a la Autoridad Convocante la posibilidad de contar con la mayor cantidad de ofertas válidas posibles. La subsanación de deficiencias se posibilitará en toda cuestión relacionada con la constatación de datos o información de tipo histórico obrante en bases de datos de organismos públicos, así como también respecto de errores en documentos u omisiones de presentación de documentos, que no tengan incidencia en el análisis comparativo de las ofertas. En cualquier caso, se deberá habilitar la procedencia de subsanaciones que no afecten el principio de igualdad de trato para interesados y Oferentes. La corrección de errores u omisiones podrá ser presentada en forma espontánea por el Oferente, y no podrá ser utilizada para alterar la sustancia de la oferta o para mejorarla o para tomar ventaja respecto de los demás Oferentes. Asimismo, las comisiones Evaluadoras, al constatar la existencia de errores u omisiones subsanables, deberán intimar al Oferente a que subsane los errores u omisiones.

- La adjudicación deberá recaer en la oferta que sea considerada la más conveniente para el interés público siendo conforme con las condiciones establecidas en las bases de la Licitación. En forma previa a la firma del respectivo Contrato PPP deberá, en el caso que el Contrato PPP contemple aportes o pagos a ser realizados con fondos presupuestarios, verificar la disponibilidad de crédito y cuota y realizar el correspondiente registro del compromiso presupuestario.

- Mediante el artículo 17 del Decreto 936/17 se derogó el apartado 32 del artículo 12 del Anexo I del Decreto 118/17 que establecía que los Oferentes podían impugnar el dictamen de evaluación de las ofertas dentro de los cinco días de su notificación, sin que resultara exigible la previa integración de una garantía de impugnación.

- El acuerdo se perfeccionará mediante la suscripción del Contrato PPP.

• Los Oferentes o los Contratistas PPP, según el caso, deberán constituir garantías: (a) de mantenimiento de la oferta; (b) de cumplimiento del contrato: (i) Garantía de construcción, (ii) Garantía de explotación. Ello, según lo establezca el Pliego, mediante depósito en efectivo o en valores públicos, fianza, aval bancario o seguro de caución otorgados por empresas o entidades de primera línea y de reconocida solvencia.

• A los efectos de las exigencias, preferencias y ventajas comparativas previstas para los bienes, servicios y empresas nacionales⁴⁷⁸, se aplicarán las siguientes reglas: (a) el Pliego podrá establecer requisitos razonables de antigüedad en lo referido a la actuación efectiva en el país para reconocer carácter nacional a las empresas que participen en la Licitación respectiva; (b) las excepciones o limitaciones a las exigencias, preferencias y ventajas comparativas deberán ser previstas en el Pliego y aprobadas por el Poder Ejecutivo Nacional, previa intervención del Ministerio de Producción y la Subsecretaría de Participación Público Privada; (c) se entenderá: (i) por “componente nacional”, en lo que respecta a bienes, aquellos bienes que revistan carácter nacional según el artículo 2 de la Ley 25.551; y en lo que respecta a servicios aquellos provistos por empresas nacionales; (ii) y por “desagregación tecnológica” al mayor grado posible y eficiente de fraccionamiento del bien, obra y/o servicio a contratar, en base a criterios de orden técnico, temporal y económico que no impidan su concreción, con el fin de facilitar la máxima participación de la industria nacional en su provisión, así como en la de partes, piezas o subconjuntos que la misma pueda proveer; (d) las exigencias, preferencias y ventajas comparativas y las reglas aprobadas, se aplicarán al Contratista PPP y/o a la Empresa Ejecutante según lo

.....

⁴⁷⁸ Según el capítulo preliminar del Anexo I del Decreto 118/17, Empresa Nacional es “toda empresa, cualquiera sea su estructura jurídica, que cumpla con los siguientes requisitos: (i) estar registrada y con actuación efectiva en el territorio nacional y (ii) contar con la mayoría de los miembros del órgano de administración con domicilio en el país; todo ello en los términos y condiciones que establezca el Pliego”.

disponga el Pliego; (e) las ventajas comparativas a favor de empresas nacionales y las PyMES serán establecidas en el Pliego y tendrán como requisito, al menos, que las ofertas presentadas por éstas sean de calidad equivalente a las presentadas por aquel Oferente que, no revistiendo tal calidad, hubiese presentado la oferta más conveniente. A los efectos de gozar de tales ventajas comparativas, en los casos en que las empresas nacionales y/o las PyMES formen consorcio o cualquier otra forma asociativa con otras empresas que no revistan tal calidad, las empresas nacionales y las PyMES deberán poseer en dicho consorcio o forma asociativa una participación no inferior al 30%.

- Cuando resulte exigible legal o reglamentariamente, o por decidirlo así la autoridad convocante, sea necesaria la intervención u opinión de diversos órganos o entes públicos respecto de cualquiera de las etapas del desarrollo del Proyecto, dicha intervención tendrá lugar de manera simultánea, debiéndose observar los principios de economía, sencillez, celeridad, eficiencia y eficacia, pudiendo determinar, la autoridad convocante o la Subsecretaría de Participación Público Privada, la celebración de una audiencia para concentrar en ella el tratamiento de todos los informes y opiniones que fueran requeridos.

- En lo que respecta a la regulación y control de la ejecución de cada contrato de PPP, en función de la naturaleza y características del Proyecto, la Autoridad Convocante, previa intervención de la Subsecretaría de Participación Público Privada, podrá contemplar que en el Pliego se acuda a la figura del Auditor Técnico a los fines del control de la ejecución del Proyecto que será seleccionado por concurso de una lista elaborada previamente por la autoridad convocante. El Auditor Técnico: deberá ser un profesional o firma de profesionales que, actuando de modo individual o asociado con otro/s profesional/es y/o firma/s de profesionales, cuenten con suficiente idoneidad técnica, independencia e imparcialidad y comprobada trayectoria nacional o internacional en el control de la ejecución de proyectos de similares características a las del Proyecto a ejecutarse; actuar imparcialmente siguiendo las reglas del arte y las mejores prácticas de la profesión; acreditar suficiente idoneidad

técnica, capacidad económica y financiera suficiente, y cualquier otro requisito que al respecto determine la Subsecretaría de Participación Público Privada y que se contemple en el Pliego.

- En materia de anticorrupción, el artículo 24 del Decreto 118/17 dispone que deberá rechazarse la oferta cuando el oferente se encuentre incluido en las listas de inhabilitados del Banco Mundial y/o del Banco Interamericano de Desarrollo, a raíz de conductas o prácticas de corrupción, o bien cuando se trate de personas condenadas, con sentencia firme recaída en el país y/o en el extranjero, por prácticas de soborno o cohecho transnacional en los términos de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, norma aprobada en el orden interno por Ley 25.319.

- Todo agente (entiéndase, “funcionario público”) que tome conocimiento de cualquiera de los hechos previstos en el artículo 24 de la Ley 27.328, comentado más arriba, y su reglamentación deberá, además, comunicarlo en forma inmediata y fehaciente a la Oficina Anticorrupción a efectos de su intervención en el ámbito de sus competencias. Coexistirán bajo una misma cuestión o materia la obligación normada en el artículo 177.1 del Código Procesal Penal de la Nación y reglamentada por el Decreto 1162/00, comentada más arriba, y lo dispuesto en la Ley 27.328 y su reglamentación.

- Por último, cabe indicar, sin perjuicio de otros aspectos de la reglamentación anotada, que a fin de prevenir los hechos que motivan la exclusión de la oferta, el Pliego deberá contener información detallada sobre las causas de exclusión de la oferta, sus consecuencias civiles, penales y administrativas, así como los canales de información y de recepción de denuncias.

VI. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL PPP

Se ha indicado, con precisión, que con la sanción de la Ley 27.328 y el dictado de su Decreto Reglamentario 118/17, se formalizó “un nuevo intento de brindar bríos a la inversión privada en materia de infraestructura en nuestro país mediante la implementación de un nuevo régimen legal de contratos de participación público-privada. Si bien como señala MAIRAL, durante el siglo XIX e inicios del XX la participación privada ha sido tan importante que gran parte de los servicios públicos y sus instalaciones fueron construidos y operados por inversores privados, ha sido luego la Hacienda Pública la encargada de financiar sus proyectos de obras y servicios”⁴⁷⁹.

En este reimpulso, estímulo, empujón, valor y fuerza dirigidos a la inversión privada, es claro, el sistema de garantías estatuido en la Ley 27.328 y su reglamentación proponen una verdadera carta de triunfo (derecho) al futuro e interesado inversor. El Estado parece transformarse casi en un verdadero espectador, en un río de capitales que espera desembocar –a modo de estuario– en la República Argentina. El desembarco esperado es producto de necesidades pasadas, presentes y futuras, con respuestas espásticas, desintegradas e inorgánicas, desde el Estado y fuera de él.

Necesidades internas y externas, autogeneradas, heredadas o impuestas. No importa ello. Siempre necesidades y urgencias que marcan las fallas de agendas y diagnósticos errados sobre la realidad y sus circunstancias. Es improbable, recuerda Ross, que “el hombre tenga una conciencia innata de cuáles son los objetos adecuados para satisfacer una determinada necesidad. La urgencia es originariamente ciega, un esfuerzo que carece de meta”⁴⁸⁰. Somos fruto de la prueba y del error, más del error que de la prueba.

.....

⁴⁷⁹ CIMINELLI, DARÍO, “Régimen de los contratos de participación público-privada. un nuevo desafío para el derecho argentino”, ADLA, 2017-6, 3; con cita de MAIRAL, HÉCTOR A., “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos”, en Revista del Régimen de la Administración Pública, N° 320.

⁴⁸⁰ ROSS, ALF (CARRIÓ, GENARO, trad.), *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 347.

En materia de inversión extranjera, si algo dejó expuesto la experiencia de los años noventa del pasado siglo fue que la apertura indiscriminada al capital extranjero sin una regulación transparente, precisa y clara al momento de ingreso de la inversión a nuestro país implica, al momento de generarse externalidades negativas – cualesquiera que sean las causas– una eventual responsabilidad del Estado Nacional para con ese inversor directo o indirecto (derivado), pero también el fracaso en la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos delegados transestructuralmente por ese mismo Estado⁴⁸¹.

El camino recorrido luego de la crisis argentina de 2001/2002 (la peor de la Argentina moderna) ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y en otros arbitrajes no institucionales tramitados bajo los Reglamentos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁴⁸², denota un sendero de penumbra en el que el riesgo político se ha caracterizado por una fuga jurisdiccional hacia fuera de nuestro país.

Penumbra donde la soberanía y el Derecho interno del Estado, el estado de necesidad, la crisis económica, política y social, y la conducta de la contraparte privada,

⁴⁸¹ Según BARRA esa delegación es la “que permite al ente privado tomar el lugar del sujeto público en la relación jurídica administrativa, lugar que este último hubiera ocupado de no mediar tal delegación transestructural. De esta manera, en el marco de la delegación y en lo que resulte esencial para el cumplimiento del cometido público delegado, la relación jurídica entablada por estos entes (que, insisto, siguen siendo privados) estará regida por el Derecho Administrativo, salvo en aquello que se muestre como esencialmente contradictorio con la naturaleza jurídico-privada del ente (v. gr., normas sobre competencia; estabilidad de su personal; relación jerárquica con otra persona u órgano estatal, etcétera)”. (BARRA, RODOLFO C., “Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública,” LL, 1982-D, 356; Principios de Derecho Administrativo, p. 246.)

⁴⁸² Más de cincuenta, para ser exactos. En el CIADI, solamente, se encuentran registrados 54 casos contra la Argentina, 41 de ellos concluidos y sólo 13 aún pendientes a la fecha (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>). Se ha sostenido que: “El sistema actual de arbitraje internacional es consecuencia de los cambios producidos entre las décadas de los cincuenta y los sesenta del pasado siglo. Luego de fracasar los intentos por crear instrumentos multilaterales de protección de inversiones, se optó por acudir a instrumentos bilaterales, orientados a promover y proteger las inversiones recíprocas. Tal fue el origen, en 1959, de los TBIs. Poco después, en 1965, se suscribió la Convención CIADI, por medio de la cual se creó un centro institucional especializado en administrar mecanismos de solución de disputas Estado-inversor, como el arbitraje” (HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO, “El derecho administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones”, Revista de Derecho Público, Año 25, N° 50, Montevideo, diciembre 2016, p. 149).

en muchos casos, no han sido suficientes argumentos ni alicientes para que los tribunales *ad hoc* que han tenido intervención contemplaran, por ejemplo, que los contratos que se oponen a una política pública no son ejecutorios⁴⁸³ en el plano nacional e internacional.

A la perenne crisis democrática que vivimos en forma crónica, en la cual el Estado (el gobierno, en rigor de verdad) es el *botín de guerra* de quienes asumen el control del poder político (y no necesariamente el económico) y las urgencias son consecuencias crónicas y recurrentes, siempre y sin excepciones, de herencias pasadas y pesadas, se le adiciona la imposibilidad, como colectivo, de construir más allá de las diferencias. Seguimos discutiendo el sexo de los ángeles y, por lo que parece, lo seguiremos haciendo por mucho tiempo...

Somos una nación con incertidumbres como cualquier otra. En la Argentina, no obstante, se confunden y potencian los riesgos (que poseen una cierta base de evidencia objetiva) con las incertidumbres (que responden a una base más intuitiva e imprecisa), y su mezcla nos coloca en una propensión a que las cosas (proyectos, políticas, decisiones) no produzcan los resultados esperados (según el estado de cosas deseable, por ejemplo, por el legislador).

La percepción (y aceptación) de las incertidumbres depende como sociedad, necesariamente, del reconocimiento de intereses (diferenciales y comunes) y necesidades fundamentales (no ordenadas) por los ciudadanos considerados como seres libres e iguales⁴⁸⁴, en una deliberación donde los intereses particulares no han sabido encauzarse, para el caso argentino, en la gruesa vena del río.

El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en 2014 y vigente desde agosto de 2015, no regula el arbitraje público ni tampoco se ocupa del arbitraje de

.....

⁴⁸³ Cfr. POSNER, RICHARD A., op. cit., p. 108.

⁴⁸⁴ Cfr. RAWLS, JOHN (DE FRANCISCO, ANDRÉS, trad.), *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004, ps. 148-149.

inversión ni el comercial internacional. A ello se suma que, a nivel federal, el juicio de arbitraje se encuentra incluido dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Libro VI, artículo 736 y ss.) y, en general, en los códigos procesales provinciales.

Al momento en el que se escribe el presente, en el orden nacional existe en trámite, con estado parlamentario, un Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional que viene a implementar domésticamente la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI de 1985, con las enmiendas de 2006⁴⁸⁵; y otro proyecto paralelo y complementario que modifica el Capítulo de Contrato de Arbitraje en el Código Civil y Comercial, morigerando el alcance del orden público en el arbitraje comercial, entre otros aspectos⁴⁸⁶.

Ambos proyectos legislativos se motivan en una iniciativa canalizada a través del “Programa Justicia 2020”. En el marco de las discusiones previas de dicho Programa, la coordinadora de la iniciativa AGUSTINA DÍAZ CORDERO sostuvo en algunas de las reuniones que la adopción de la Ley Modelo CNUDMI “*constituye una herramienta fundamental para atraer inversiones extranjeras*”, agregando que “en Latinoamérica, Argentina es el único país que aún no ha adoptado la Ley Modelo. Uruguay ha elevado recientemente el proyecto al Senado. El mercado global exige un derecho con cada vez mayor tendencia a la uniformidad”⁴⁸⁷.

La Ley de Arbitraje Comercial Internacional propiciada se constituiría así como una garantía adicional para los inversores. Cabe indicar que, muchos años antes, estuvo en estudio también en el Senado de la Nación otro proyecto⁴⁸⁸, que incorporaba al sistema jurídico argentino la citada ley modelo. Replicándose otro

⁴⁸⁵ EXP-PE N° 228/16, iniciado el 01/11/16.

⁴⁸⁶ EXP-PE N° 13/17, iniciado el 03/03/17.

⁴⁸⁷ <https://www.justicia2020.gob.ar/se-encuentra-disponible-anteproyecto-ley-arbitraje-comercial-internacional/>

⁴⁸⁸ Mensaje PEN N° 1594/99, EXP-PE N° 840/99.

proyecto en 2005. En el proyecto actual, la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI es casi total, con algunas variantes menores en cuanto a la oralidad del acuerdo de arbitraje e incluyendo el arbitraje de clase, por caso. Es útil tener presente el debate en la Reunión Plenaria de las Comisiones de Relaciones Exteriores y Culto y de Justicia y Asuntos Penales, celebrada en el Senado el 23/11/16, donde diversos juristas (jueces, árbitros y litigantes) tuvieron la oportunidad de exponer los principales aspectos de la incorporación doméstica de la Ley Modelo CNUDMI⁴⁸⁹.

La importancia relativa de tales proyectos se potencia con lo normado en la Ley 27.328 como ley especial frente al texto vigente del Código Civil y Comercial de la Nación, como válvulas de escape al Derecho Administrativo. La desconfianza del inversor extranjero frente a los tribunales nacionales (patrimonio no únicamente argentino, aclaramos) motivada por nuestra aversión a la justicia y el descrédito instalado en el imaginario colectivo (a veces no tan imaginario)⁴⁹⁰ respecto al rol de nuestros jueces, su independencia e imparcialidad, decanta en la figura del arbitraje como una garantía adicional de la carta de triunfo (en la fuga al Derecho argentino en general y al Derecho Administrativo en particular), en la sustracción a la competencia de los órganos judiciales nacionales⁴⁹¹. En esa sustracción de competencias público-privadas, el arbitraje se ha consagrado como el principal método privado de resolución de las controversias comerciales internacionales, en el que las partes eligen como mecanismo efectivo para poner fin a las diferencias surgidas entre ellas sin recurrir a los tribunales judiciales.

La práctica del arbitraje se desarrolla en todo el mundo, sin banderas nacionales “ni otros símbolos de autoridad. No existen ujieres, peluquines ni togas; se trata sencillamente de un grupo de personas sentadas en torno de una mesa en una sala

⁴⁸⁹ <http://www.senado.gov.ar/upload/20538.pdf>

⁴⁹⁰ Cfr. NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, Ariel, 2005.

⁴⁹¹ Cfr. FELDESTEIN DE CÁRDENAS, SARA Y LEONARDI DE HERBÓN, HEBE M., *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 12.

alquilada para la ocasión”⁴⁹². Alquiler y ocasión (oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo)⁴⁹³ parecieran ser aspectos que denotan el carácter transitorio y no definitivo de la facultad otorgada a terceros ajenos al Estado para dirimir un conflicto o controversia entre dos o más partes.

Cuando “personas sinceras y buenas difieren, nos inclinamos a pensar que aceptan algún procedimiento para decidir sus diferencias, algún procedimiento que consideran confiable o justo”⁴⁹⁴. El arbitraje parecería ser, a la luz del inversor extranjero, este procedimiento –en principio– confiable y justo, no necesariamente menos oneroso ni rápido, que el proceso judicial.

El Grupo Banco Mundial (World Bank Group) informa para los inversores extranjeros, en su página oficial vinculada a la figura del PPP, los distintos sistemas de resolución de disputas disponibles, la importancia de entender qué formas de reparación legal están disponibles para las distintas partes involucradas en un proyecto de infraestructura.

Se refiere, así, que:

“Los inversionistas extranjeros estarán generalmente nerviosos sobre confiar en un sistema legal que no entienden y/o saben [...] El sistema judicial de un país puede ser ineficiente y lento, con la posibilidad de retrasar el proyecto ampliamente. El sistema judicial puede ser costoso y corrupto [...] El Poder Judicial tampoco puede ser considerado como suficientemente independiente del gobierno para hacer que el operador privado se sienta cómodo de que se dispondrá de una reparación justa. ¿Puede haber una ley administrativa y un tribunal administrativo para tratar las disputas con entidades gubernamentales?”.

Agregando que:

.....

⁴⁹² REDFERN, ALAN, HUNTER, MARTIN, BLACKABY, NIGEL, PARTSIDES, CONSTANTINE (MARIGO, NOIANA Y OSSA, FELIPE, rev. y adap.), *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 59.

⁴⁹³ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 23ª ed.: <http://dle.rae.es/?id=QqZOPdq>.

⁴⁹⁴ NOZICK, ROBERT (TAMAYO Y SALMERÓN, ROLANDO -trad.-), *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 2012, p. 103.

“El arbitraje tiene ciertas ventajas sobre los tribunales: Las partes eligen su tribunal; El arbitraje puede ofrecer una mayor garantía de una decisión justa y competente, con la participación de árbitros con la experiencia adecuada; Las partes pueden nombrar personas con competencias específicas apropiadas, incluidos expertos que no sean abogados; Los procedimientos de arbitraje pueden ser más flexibles [...] A menudo se puede llegar a una decisión final más rápidamente porque el derecho a apelar puede ser más limitado que el derecho a apelar la decisión de un juez”.

El organismo multilateral también expresa que, en algunos países,

“los tribunales pueden ser capaces de anular o negar la ejecución de un laudo arbitral extranjero. La aplicación de las decisiones arbitrales extranjeras es requerida por la Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras que 137 países han firmado. Por lo tanto, es importante comprobar si el país anfitrión es signatario de la Convención antes de considerar el arbitraje. Si no es así, habrá que considerar si existe una ley de arbitraje que proporcione protecciones similares. El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una institución líder en la solución de disputas de inversión entre inversionistas y Estados. 153 Estados se convierten en miembros del CIADI al ratificar la convención del CIADI. Los Estados Miembros tienen acceso a los servicios del CIADI y deben acordar hacer cumplir las decisiones del CIADI. Los Estados también han acordado que el CIADI constituya un foro para la solución de controversias inversionista-Estado por ley o por contrato, o mediante tratados bilaterales y multilaterales de inversión...”⁴⁹⁵.

La vida de un contrato, sobre todo a mediano o largo término, no está libre a existencia de conflictos, dudas, desavenencias, que hacen a su interpretación, alcance, contenido y cumplimiento e incumplimiento, derechos y obligaciones.

La ventaja comparativa del arbitraje frente a la vía judicial respondería, según se ha dicho, a dos razones principales: (a) la posibilidad de las partes de elegir una jurisdicción y un tribunal *neutrales*, y (b) la posibilidad de ejecutar una decisión (laudo) contra la parte vencida no solamente en el lugar de su dictado, sino también en el

.....
⁴⁹⁵ <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/dispute-resolution>. Traducción libre, el original está en inglés.

ámbito internacional (v. gr. en todos los países que hayan ratificado, por ejemplo, la Convención de Nueva York de 1958, entre otros tratados internacionales)⁴⁹⁶.

Pero, “no todo es un lecho de rosas”, ya que se ha observado al arbitraje, por: los costos, las facultades restringidas de los árbitros, la existencia de laudos contradictorios, entre otros puntos críticos⁴⁹⁷.

Un aspecto emergente frente al PPP y los compromisos internacionales en materia de inversión asumidos por los Estados, es su interpretación frente a las denominadas “cláusulas paraguas”, en cuanto incluyen como materia de tutela internacional no sólo obligaciones o compromisos contractuales, sino también legales y regulatorias y su violación se traduce, en principio, en responsabilidad internacional del Estado⁴⁹⁸.

Otra cuestión adicional es la atinente a la ejecución judicial de laudos dictados por tribunales arbitrales al amparo de tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones y del Convenio CIADI⁴⁹⁹.

La jurisprudencia nacional ha señalado que:

“de las normas continentales en el Convenio citado, surge que, en principio, un laudo dictado conforme el procedimiento CIADI, no requiere del trámite del exequátur para ser ejecutado. Por ende, al haberse adherido la República Argentina a dicho convenio, hizo renuncia al procedimiento de exequátur para el reconocimiento y ejecución de los laudos que emitiera un tribunal de arbitraje constituido bajo las reglas de CIADI. Ello, sin perjuicio de la facultad que tiene el juez de ejercer prudentemente sus atribuciones,

.....
⁴⁹⁶ REDFERN, et al, op. cit., p. 85, 1-41. La República Argentina ratificó dicha convención por Ley 23.619 (1989). Ver también: TAWIL, GUIDO S. y ZULETA, EDUARDO (dirs.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

⁴⁹⁷ Redfern, A. et al, op. cit., p. 87, 1-45.

⁴⁹⁸ Cfr. “Sempra Energy v. Argentina” (Caso CIADI No. ARB/02/16), Decisión sobre Jurisdicción, 11/05/05, ¶101; “LG&E v. Argentina” (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad, 03/10/06, ¶175. En contra de tal identificación: “El Paso Energy International Company v. Argentina” (Caso CIADI No. ARB/03/15), Decisión sobre Jurisdicción, 27/04/06, ¶181; “Joy Mining Machinery Limited v. Egipto” (Caso CIADI No. ARB/03/11), Decisión sobre Jurisdicción, ¶181.

⁴⁹⁹ Aprobado por Ley 24.353 (1994).

efectuando incluso, un control de la posible afectación de principios de orden público. En efecto, la Corte ha resuelto en diversas ocasiones que el principio del debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional) integra el orden público internacional argentino, no solo en procedimientos de carácter penal (Fallos: 328:3193), sino también en aquellos que versan sobre derechos de contenido patrimonial (Fallos: 319:2411). En este último sentido, se señaló que a dicho principio 'debe conformarse no sólo todo procedimiento jurisdiccional que se lleve a cabo en jurisdicción argentina, sino también todo procedimiento que concluya en una sentencia o resolución dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la República Argentina (Fallos: 319:2411, considerando 5°)'⁵⁰⁰.

Esta decisión no es menor, por cuanto ha sido la primera en la que un tribunal argentino ha tenido que resolver sobre el carácter autoejecutivo de un laudo CIADI y la innecesariedad de un *exequatur* para su ejecución nacional, a la luz de los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ C. Nac. Com., Sala A, "CCI - COMPAÑIA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. s/Pedido de quiebra por República de Perú", 18/08/15; con cita del artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación; Fallos, 336:503; 337:133; Uzal, Maria Elsa, "Breve panorama del Arbitraje Comercial Internacional en Argentina", JA, 04/03/15.

⁵⁰¹ Artículo 53. "(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio. (2) A los fines previstos en esta Sección, el término "laudo" incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52".

Artículo 54. "(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. (2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda".

Vale mencionar, al igual que lo hace el fallo de la Sala A, que no se requiere el *exequatur* a las sentencias emergentes de disputas en materia de inversión (BIT + CIADI), probablemente en la línea de ideas que no las consideraría "sentencias extranjeras" sino "sentencias internacionales", en tanto dictadas dentro de un marco de arbitraje al que se arriba en función de una convención internacional activada por un tratado bilateral entre Estados soberanos a los que se les aplica el principio *pacta sunt servanda* (conf. Rosatti, Horacio D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", LL, 2003-F-1283).

En lo que respecta al PPP, como una excepción a lo normado en el propio Código Civil y Comercial, la Ley 27.328 establece en su artículo 11 que la responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en los pliegos y el contrato, supletoriamente se aplicarán sus normas.

Recordamos que los artículos 1764 y 1765 del citado Código disponen que las disposiciones de su Capítulo 1 - Título V (“Responsabilidad Civil”) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, y que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del Derecho Administrativo nacional o local según corresponda. A su vez, el artículo 10 de la Ley 26.944, establece que “la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria...”⁵⁰².

Pese a tales restricciones normativas, se ha indicado que el deber de prevención del daño (agregamos, sea de carácter contractual o extracontractual, por su actividad lícita o ilícita) traduce un principio general del derecho y constituye una derivación “de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente —incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro derecho como en materia de responsabilidad internacional de los Estados—”. Exigibilidad que podrá ser invocada, en tanto corresponda, respecto al Estado, sus entes y funcionarios⁵⁰³.

.....

En síntesis, bastaría así “para su reconocimiento y ejecución la presentación de una copia certificada de él ante el tribunal o autoridad competente que cada Estado contratante designe a ese propósito” (Tawil, Guido, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, LL, 2000-D, 1106). No obstante ello, la aplicación de tales normas, exige también considerar por el operador jurídico lo normado en el artículo 55, en cuanto dispone que: “Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”.

⁵⁰² DIANA, NICOLÁS, “Cuestiones generales...”, op. cit., p. 1 y ss.

⁵⁰³ TAWIL, GUIDO, “Exigibilidad frente al estado del deber de prevención del daño,” LL, 2015-F, 482.

Este es un punto interesante, en cuanto al alcance y régimen aplicable en la Argentina, a la responsabilidad de la parte “pública” del PPP y eventuales incumplimientos, sea como “socio” o “soberano”, en el ejercicio de prerrogativas públicas.

La diferenciación no es menor, sobre todo, frente a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 27.328, en cuanto establece que: *“Para todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje. En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación”*. Dicha norma no excluye que el arbitraje sea en el exterior y es probable que ello se verifique ante la presencia de empresas extranjeras. La experiencia en el Derecho comparado y el comunitario lleva a la recepción de procedimientos de solución de controversias que habiliten una conciliación y negociación amistosa entre las partes, no excluyendo –más allá del arbitraje– su judicialización cuando así lo habiliten las normas legales o contractuales⁵⁰⁴.

En su momento se había expresado, frente al proyecto que devino en la actual Ley 27.328, que:

“... en el contrato o en los pliegos se podrá optar sobre si las disputas serán resueltas ante los tribunales de justicia competentes de la Argentina, o a través de un proceso

.....

⁵⁰⁴ Para el caso europeo, se ha señalado que: “Formal dispute resolution procedures for the efficient and cost effective determination of issues arising during the contract should be put in place as an alternative to legal procedures. The contract manager must endeavour to resolve matters in dialogue and discussion wherever possible. Where this fails and more formal dispute resolution procedures are invoked (such as conciliation, arbitration and litigation), the contract manager should have comprehensive records of all relevant issues and be capable of giving evidence and generally supporting the Contracting Authority throughout the process”. (Comisión Europea, “Guidelines for successful public – private partnerships”, marzo 2003, p. 94, publicado en: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf.)

arbitral. Ahora bien, de inclinarse por la segunda opción, el proyecto dispone que solamente podrán interponerse contra el laudo el recurso de nulidad o el de aclaratoria y que el primero podrá interponerse solamente cuando se haya violado el debido proceso adjetivo en el curso del procedimiento arbitral, excluyéndose expresamente la aplicación del tercer párrafo del artículo 1.656 del Código Civil y Comercial de la Nación. Estas disposiciones tuvieron por objeto evitar que, respecto de los contratos de PPP, sea aplicable la deficiente regulación que incorporó para el arbitraje el Código Civil y Comercial, particularmente la vinculada a la amplitud del control judicial sobre el arbitraje. Respecto de este último punto, también es importante que en el futuro la Corte Suprema de Justicia de la Nación respete la voluntad legislativa... y consecuentemente, el Máximo Tribunal se abstenga luego de pretender efectuar controles más extensos de los que el legislador le ha encomendado⁵⁰⁵.

Debe señalarse, sin embargo, como corolario al llamado a la abstinencia judicial postulada, que el control de constitucionalidad de las normas y la función de impartir justicia no surge de la ley, sino de la Constitución. La ventaja, acierto o desacierto de una medida legislativa escapa a ese control, “pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial”⁵⁰⁶. Esto, porque la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera⁵⁰⁷. La deficiencia de la regulación pasada, presente o futura no marcaría sino la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, la que en principio no se presume⁵⁰⁸.

.....

⁵⁰⁵ AZZARRI y VEGA OLMOS, op. cit.

⁵⁰⁶ Cfr. Fallos, 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032, y 330:3109, entre otros.

⁵⁰⁷ Cfr. Fallos, 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416.

⁵⁰⁸ Cfr. Fallos, 315:1922; 321:2021 y 2453; 322:2189; 329:4007, entre otros.

La problemática en los supuestos de elección de vías podrá implicar la coexistencia de distintos mecanismos contractuales y legales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, de solución de controversias, al amparo incluso de normas bilaterales de protección de inversiones (BIT)⁵⁰⁹.

Previo al sometimiento de un reclamo local o arbitral en el marco del PPP, el inversor (extranjero) deberá considerar una eventual admisibilidad de un futuro reclamo internacional⁵¹⁰ a la luz del inicio de otras acciones con base idéntica a la de un eventual arbitraje de inversión bajo la cláusula de solución de controversias de un BIT⁵¹¹.

Se tiene dicho que la pérdida “de la jurisdicción arbitral en los casos de existencia de procedimientos ante la jurisdicción local dependerá del criterio seguido por el tribunal arbitral interviniente en la medida en que, para que se produzca la referida superposición, se requiere –en principio– que se trate de la misma controversia, entre idénticas partes. En general, se ha sostenido que en caso de duda respecto a la existencia de tal superposición el conflicto debe ser resuelto en favor de la admisión de la jurisdicción arbitral habida cuenta de que, en razón de los beneficios que ella confiere a los inversores, no puede presumirse con ligereza la renuncia voluntaria del inversor a ella”⁵¹². Principio cardinal, este último, reconocido en el artículo 948 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el sentido que “la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva”.

⁵⁰⁹ Al respecto, ver entre otros: ROBINSON, J. MICHAEL, Q.C., “ICSID Cases on Its Jurisdiction: A Serious Problem for Public/Private Partnerships for Infrastructure in Developing Countries”, *International Business Lawyer*, diciembre 2004, p. 263 y ss.; SEUNGWOO, SON, *Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules*, junio 2012, publicado en: https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/public-private-partnerships-2013/20120704_Report_on_PPP_legal_IssuesSon_Seungwoover.11.pdf.

⁵¹⁰ Ver: SAE YOUN, KIM y TAEJOON, AHN, “Investment arbitration and parallel proceedings”, *The Investment Treaty Arbitration Review*, 2a ed., Londres, Law Business Research, 2017, ps. 78-89.

⁵¹¹ Como aproximación actual, ver: RUFF, DEBORAH y TAN, TREVOR, “Fork-in-the-Road clauses. Divergent paths in recent decisions”, *International Arbitration Report*, Norton Rose Fulbright, 2015, Issue N° 5, ps. 12-14.

⁵¹² TAWIL, GUIDO, “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos ‘Vivendi’, ‘Wena’ y ‘Maffezini’”, LL, 2003-A, 914.

La intervención de los tribunales locales, una vez que han decidido una cuestión determinada, es definitiva e irrevocable⁵¹³ —salvo que pueda acreditarse una denegación de justicia⁵¹⁴—. Deberá sopesarse, en cada caso particular, la existencia de identidad de partes, derecho y objeto; si la acción local, por caso, no tuvo carácter meramente defensivo⁵¹⁵ y fue consecuencia de una decisión completamente libre y no forzada por el propio ordenamiento jurídico para evitar la pérdida de un derecho⁵¹⁶.

Los reclamos de carácter contractual derivados de un PPP no tienen las mismas causas de acción que los reclamos fundados en un BIT⁵¹⁷, debiéndose también considerar el inicio de procesos (judiciales-arbitrales) paralelos, alternativos y/o simultáneos, fundados en los mismos hechos o circunstancias, aunque las reglas sustantivas aplicables puedan ser diferentes y elegidas según la conveniencia del inversor (*forum shopping*)⁵¹⁸.

En defensa sobre su operatividad, se ha postulado que las cláusulas de *forum shopping* constituyen una protección adicional para los inversores frente al riesgo de que Estados o grupos de Estados puedan *capturar* un foro en particular⁵¹⁹.

Esta protección o blindaje jurisdiccional, incluso entre mecanismos de resolución de controversias de distintos BIT, se encontraría abarcada en la Cláusula de Nación más Favorecida (MFN).

⁵¹³ Ver SCHREUER, CHRISTOPH, "Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *Journal of World Investment & Trade*, 2004, p. 239.

⁵¹⁴ Cfr. "Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania" (Caso CIADI No. ARB/07/21), Laudo, 30/07/09, p. 61 a 63 y 67 a 68, y sus referencias.

⁵¹⁵ Cfr. "Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina" (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre Jurisdicción, 14/01/04, ¶198.

⁵¹⁶ Cfr. "Occidental v. Ecuador" (Caso No. UN3467), LCIA, Laudo, 01/07/04, p. 60 y ss.

⁵¹⁷ Cfr. "Toto Costuzioni Generali S.P.A. v. Republic of Lebanon" (Caso CIADI No. ARB/07/12), Decisión sobre Jurisdicción, 11/09/09, p. 217.

⁵¹⁸ Ver: GAUKRODGER, DAVID Y GORDON, KATHRYN, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", en *OECD Working Papers on International Investment*, marzo 2012, p. 51 y ss., publicado en: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf.

⁵¹⁹ GAUKRODGER y GORDON, op. cit., p. 52.

En el recordado caso “Maffezini”⁵²⁰, un tribunal CIADI tuvo para sí que el arbitraje internacional y otros mecanismos de solución de controversias “han reemplazado prácticas más antiguas y frecuentemente abusivas del pasado. Sin embargo, estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio del CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntos de vista contradictorios de quienes favorecían el arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo”⁵²¹.

Si un tratado con un tercer Estado, “contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*”⁵²². Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio”⁵²³.

.....

⁵²⁰ Cfr. “Maffezini, Emilio Agustín v. Reino de España” (Caso CIADI No. ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción, 25/01/00.

⁵²¹ Cfr. “Maffezini...”, op. cit., p. 55.

⁵²² Del mismo tipo, clase o género.

⁵²³ Cfr. “Maffezini...”, op. cit., p. 56.

La aplicación de la cláusula MFN tendría, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública, a saber:

(1) Si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia;

(2) Si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, tomada la decisión esta es definitiva e irrevocable, y la estipulación es imperativa;

(3) Si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje; y

(4) Si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes.

En cualquier caso, siempre debe “quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra”⁵²⁴.

Dentro de este verdadero *menú* o *catálogo* de foros disponibles para el sujeto privado en el marco de un PPP, hemos adelantado que el Capítulo VII de la Ley 27.328, en sus artículos 25 a 27, regula la “Solución de Controversias”. Entre otras cosas, se autoriza allí la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y arbitraje, y

.....
⁵²⁴ Cfr. “Maffezini...”, op. cit., p. 63.

establece en el artículo 26 que contra laudos arbitrales definitivos cuya sede sea la República Argentina sólo podrán interponerse los recursos del artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no pudiendo dar “lugar a la revisión de la apreciación o aplicación de los hechos del caso y del derecho aplicable, respectivamente. En ningún caso será de aplicación a dichos laudos el tercer párrafo del artículo 1.656 del Código Civil y Comercial de la Nación”⁵²⁵.

Ante dicha solución normativa, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema, “no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable”⁵²⁶.

Este criterio jurisprudencial, criticado mayormente por la doctrina vernácula⁵²⁷, ha sido morigerado en decisiones posteriores del Máximo Tribunal en lo que respecta a arbitrajes comerciales⁵²⁸. La Ley 27.328 estatuye una situación jurídica que innova ya no en la posibilidad cierta de arbitrar ciertas cuestiones contractuales y renunciar, en el compromiso arbitral a la interposición de ciertos recursos judiciales ordinarios contra un eventual laudo desfavorable. El nuevo régimen legal (PPP) con vocación de

⁵²⁵ El tercer párrafo del artículo 1656, establece que: “Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico”.

⁵²⁶ Fallos, 327:1881 (2004, in re “Cartellone”) con cita de Fallos, 292:223.

⁵²⁷ Por todos ver: ROTHENBERG, MÓNICA, “La revisión judicial de los laudos arbitrales según el Código Civil y Comercial. Su adecuada interpretación,” RCCyC 2016 (junio), p. 27 y ss.

⁵²⁸ Nos referimos a: Fallos, 329:3399 (2006) y 331:422 (2008).

abstracción, generalidad y permanencia, recepta así dicha “renuncia” a nivel normativo y no contractual, elevando el grado de tutela de contractual a garantía procesal.

Sin entrar en el análisis casuístico de la extensión en la revisión de los laudos, la aplicación de la doctrina “Cartellone” aun por ultraactividad, luego de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es un aspecto a tener en cuenta en razón del régimen jurídico en comentario.

Se han señalado como notas relevantes de la reglamentación aprobada por el Decreto 118/17, que la designación de uno o tres árbitros de derecho es similar al procedimiento normado en la Ley Modelo CNUDMI, destacándose como obligación de las partes, que reconozcan en el contrato PPP:

- “1. que *la cláusula o contrato de arbitraje es autónomo respecto del Contrato PPP con el que se relaciona, por lo que la eventual ineficacia de éste no obsta a la validez de la cláusula o del contrato de arbitraje, y los árbitros conservarán su competencia, aun en caso de nulidad del Contrato PPP, para determinar los respectivos derechos de las Partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones. Esta solución no solo es coincidente con el Modelo UNCITRAL que marca el principio de la independencia del arbitraje ante la invalidez del contrato, sino que además coincide con lo estipulado en el CyCCN: 1653,⁵²⁹ y*
2. que *la cláusula o el contrato de arbitraje otorga al Tribunal Arbitral la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, el alcance o validez de las cláusulas o contrato de arbitraje o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. El texto de este punto es idéntico al estipulado en el CCyCN: 1654⁵³⁰. Se fijan así los principios de ‘Kompetenz-Kompetenz’ (los árbitros pueden resolver sobre su propia competencia y las demás cuestiones*

.....

⁵²⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1653: “Autonomía. El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”.

⁵³⁰ Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1654: “Competencia. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”.

establecidas en el mismo) y el principio de preservación de la jurisdicción arbitral⁵³¹ (el énfasis está en el original).

.....
281
.....

Otro aspecto relevante, desde el plano del Derecho Administrativo, es que se establece residual y expresamente que en caso de no constituirse un Panel Técnico ni haberse pactado Arbitraje, resultarán aplicables las vías de impugnación previstas en el Decreto Ley 19.549/72 y su reglamentación, de corresponder y en los términos allí previstos. Hubiera sido por demás útil, para el operador jurídico, el Estado y la futura contraparte privada, haber aclarado con mayor precisión cuando serán aplicables las vías de impugnación allí normadas, máxime cuando se traten de reclamos de naturaleza contractual, donde la vía recursiva no es la idónea para el reconocimiento de la pretensión ni es intercambiable⁵³².

A su vez, en caso de no haberse constituido un Panel Técnico y haberse pactado Arbitraje, las vías de impugnación previstas en la última norma mencionada y su reglamentación serán opcionales para el Contratista PPP, de corresponder y en los términos allí previstos. En este último supuesto, cualquier controversia podrá ser sometida directamente al Tribunal Arbitral, importando tal sometimiento el desistimiento de las impugnaciones administrativas que hubiese optado por deducir el Contratista PPP, pero sin que ello implique reconocimiento alguno o pérdida de derechos para este.

La experiencia en el Derecho comparado frente a los *Dispute Resolution Boards* ha sido dispar. En particular y sin abrir juicio de valor, para el caso chileno se ha postulado que si bien la introducción de dicha figura “resulta altamente auspiciosa, resulta necesario plantearse la necesidad de que la solución jurisdiccional a las controversias sea otorgada por un tribunal especializado en la materia y no dejar en

.....
⁵³¹ BUSTINGORRY, RODRIGO, “Arbitraje en Argentina en contratos público-privados”, CIAR Global, 03/03/17, <http://ciarglobal.com/rodrigo-bustingorry-arbitraje-en-argentina-en-contratos-publico-privados/>.

⁵³² Al respecto, ver: KODELIA, GONZALO S., “Recursos y reclamos: ¿quién es quién en el procedimiento administrativo?”, SJA, 2012/07/18-3, JA, 2012-III-1418.

manos de diversas comisiones arbitrales, las cuales funcionan para el caso concreto, pero no velan por la coherencia de todo el sistema de solución de controversias en materia de concesiones, fijando criterios y estándares de interpretación de la ley y los respectivos contratos. Ello apela a la consagración de una vía contencioso administrativa para la solución oportuna de los conflictos con la administración del Estado. Esta jurisdicción constituye una deuda pendiente que al siglo XXI resulta difícil de explicar su inexistencia”⁵³³.

La deuda del legislador argentino hacia el Derecho Público se agrava en este punto por la imposibilidad política —desinterés, más bien— a lo largo de todo el siglo XX y estos casi primeros veinte años del siglo XXI, en la regulación orgánica del proceso judicial en el que el Estado Nacional es parte (actora o demandada), con autonomía de la materia y el derecho aplicable.

Desde la doctrina nacional, compartimos el desafío actual “del Derecho Administrativo global: La construcción de un orden jurídico mundial equilibrado que integre la diversidad de los pueblos y no que imponga la uniformización de ciertos valores unilaterales. Hasta ahora, las relaciones de poder imperantes son perpetuadas por sus operadores mediante la homogeneización de los marcos jurídicos, institucionales, políticos, sociales, etc., y mediante la universalización de determinados valores. La libertad, a nivel global, pasa precisamente por la autodeterminación y diversidad de los pueblos, sin que tengan que renunciar a las mismas para lograr un nivel razonable de desarrollo”⁵³⁴. Desafío por demás vigente.

Será difícil apelar a una vía contencioso-administrativa en el ámbito federal que pueda superar el valladar de los prejuicios del inversor hacia la jurisdicción nacional, sea por los tiempos, costos y alcance de las decisiones judiciales en materia de

.....

⁵³³ CAMACHO CÉPEDA, GLADYS, “La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410”, *Derecho Público Iberoamericano*, N°4, abril 2014, p. 162.

⁵³⁴ BONINA, NICOLÁS, “‘Sempra’. Apuntes para redefinir el derecho administrativo global”, LL, 2010-E, p. 344.

interpretación sobre derechos y obligaciones contractuales surgidos al amparo del régimen de PPP. El arbitraje se constituye así en una alternativa que disminuye cierto margen de riesgos e incertidumbres instalados en el imaginario colectivo y del inversor.

A esos prejuicios deben también tenerse presente las asimetrías generadas en arbitrajes de inversión para con los Estados demandados y que no se ajustarían a procesos en paridad de igualdad de armas, cuando se reivindica el arbitraje no ya como vía de solución de disputas legales, sino más bien como una herramienta de presión ante la crisis en la relación inversionista-Estado⁵³⁵. Herramienta de presión donde la figura del PPP intenta desechar la peligrosidad del contrato administrativo para la contraparte privada.

Se ha señalado, tiempo atrás, en una idea que se mantiene por demás vigente, que no hay “en la actualidad contrato administrativo que no sea peligroso para los derechos del contratista, lo que tampoco se traduce en tutela del usuario y del consumidor” en una mutación del contrato administrativo⁵³⁶. Nuevamente y como acaece cíclicamente en la historia argentina, la mutación ha inclinado la balanza para el otro lado⁵³⁷.

En esa balanza desequilibrada, “un enfoque del Derecho Administrativo global que acentúe la legalidad y se enfoque en la revisión como un medio de control por los actores centrales sobre agencias y actores subordinados o periféricos, es adaptable a diversos enfoques del orden internacional, y puede satisfacer así una variedad amplia de formas de administración global. Cabe en formas institucionales muy densas de administración internacional sobre una base cosmopolita, así como en formas de

.....

⁵³⁵ QUEINNEC, YANN, “Public Private Partnerships and Water Multinationals practices”, Paris, Sherpa, 2006, p. 36, disponible en: <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/PPP-and-Water.pdf>.

⁵³⁶ GORDILLO, AGUSTÍN, “La mutación del contrato administrativo”, en AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, RAP, 2007, ps. 835-8.

⁵³⁷ Ver NINO, EZEQUIEL, “Inversiones extranjeras en países en desarrollo: Alguien debería intervenir a nivel global?”, RPA, 2007-3:123.

cooperación cercana en órdenes solidaristas –es decir, entre los Estados que comparten un sistema fuerte de valores comunes–. Pero tiene una función importante también en los sistemas pluralistas, en los cuales las instituciones administrativas comunes son meramente tenidas en cuenta para solucionar problemas de colaboración o coordinación”⁵³⁸. Sin que ello derive en la evaporación del Derecho doméstico⁵³⁹, herramienta socialmente útil, defectuosa, pero herramienta al fin.

Queda pendiente en nuestro desarrollo la relación entre los derechos y garantías otorgados al inversor confrontados con los derechos humanos de los ciudadanos receptores de tales inversiones aplicadas a obras de infraestructura y servicios públicos, en cuanto representan en igual forma, *cartas de triunfo frente al Estado*. Con autonomía de un enfoque meramente economicista, los derechos individuales “son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derecho cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”⁵⁴⁰. Derechos y garantías de los inversores, derechos y garantías de los ciudadanos, y entre ellos el Estado, el Derecho Público y el Derecho internacional... en síntesis: Derechos.

Dando por aceptada la existencia de una tensión de tres partes desiguales (Estado-Inversor-Ciudadano), “mucho antes de ahora se ha efectuado la vinculación entre fines sociales de un estado Social de Derecho y racionalidad económica, concluyendo que la finalidad de conseguir los más elevados fines sociales no puede carecer de racionalidad económica, que no por perseguirse fines sociales puede dilapidarse el dinero público”⁵⁴¹.

⁵³⁸ KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NICO, STEWART, RICHARD B., “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”, Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, marzo 2010, p. 24.

⁵³⁹ BARRAGUIRRE, JORGE A. (h), “Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y el Convenio CIADI: ¿La evaporación del derecho doméstico?”, RPA, 2007-3:107.

⁵⁴⁰ DWORKIN, RONALD (GUASTAVINO, MARTA, trad.), *Los derechos en serio*, 8ª reimp., Barcelona, Ariel, 2010, p. 37.

⁵⁴¹ GORDILLO, AGUSTÍN, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, RPA, 2009-1:71.

En esa tensión, evidentemente, el arbitraje (comercial, de inversión, doméstico e internacional) es un mecanismo de solución de controversias, no el único, donde los intereses futuros en pugna encontrarán una vía de composición frente al fracaso del Derecho que implica todo conflicto legal.

VII. ¿GALIMATÍAS?⁵⁴²

Años atrás, respecto tanto para las PPP como para las iniciativas privadas de financiamiento (*private finance initiatives*) se sostuvo que resultaba esencial y fundamental reconocer los desafíos que enfrentan las políticas públicas que alientan acuerdos público-privados⁵⁴³.

Desafíos que tienen que ir acompañados por un compromiso de la contraparte privada⁵⁴⁴, en modalidades de asociación que no pueden traducirse en sólo garantías de parte del Estado (algunas de las veces, bastante cuestionables, desde el plano económico-financiero-legal y técnico) so pretexto y justificadas en una situación de desinversión en infraestructura y servicios pasada y siempre presente.

De la supuesta depredación del Estado (como se ha calificado al “Estado empresario” de los primeros años del siglo XXI en su intervención directa en la economía⁵⁴⁵, en concepción que no compartimos) no puede pasarse al extremo de la

⁵⁴² Según el Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed., se entiende por “galimatías” al lenguaje oscuro por la impropiedad de la frase o por la confusión de las ideas; confusión, desorden, lío.

⁵⁴³ Cfr. RUSAILH, JUAN JOSÉ, “Aprendiendo de los demás: utilidad, límites y desafíos de las Iniciativas de Financiamiento Privado a la luz de la experiencia internacional”, ponencia presentada en el “VII Congreso Nacional de Ciencia Política – Sociedad Argentina de Análisis Político”, Córdoba, 2005, publicada en: <http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/vii/programa/paneles/d/d2/rusailh.pdf>.

⁵⁴⁴ MAIRAL, HÉCTOR, “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos”, en Revista del Régimen de la Administración Pública, N° 320.

⁵⁴⁵ MARGARITI, ANTONIO I., “El Estado depredador”, Economía para Todos, 03/07/08, publicado en: <http://econo-miaparatos.net/el-estado-depredador/>.

depredación privada, debe haber un equilibrio y balance en términos de costo-beneficio / público-privado⁵⁴⁶.

Los argentinos nos caracterizamos por este devenir crónico y cíclico en extremos opuestos, sin un balance concreto, efectivo ni continuidad en las políticas públicas que se implementan con cada cambio de gobierno. Cada 4, 8 o 12 años estamos rediscutiendo el consenso mínimo básico de aquello que nos integra y define como Nación...

La Ley 27.328 propicia un cambio de paradigma en materia de obras de infraestructura, donde por intermedio de la gestión público - privada (más privada que pública, según surge de la propuesta legal) se intenta reemplazar la mítica ineficiencia del Estado en el diseño, financiamiento, desarrollo y ejecución de obras y servicios públicos o de interés general, por la eficiencia privada. Para que ello realmente se verifique debería también generarse un cambio radical no sólo dentro de las normas y esquemas de financiamiento y ejecución del gasto público en estas obras y servicios sino también un cambio radical en el modo en el que las empresas nacionales y extranjeras realizan negocios en la Argentina. Se requiere, por tanto, un cambio cultural.

Si la duda y el cuestionamiento colectivo en la Argentina de hoy –y desde hace muchos años– circula –en gran medida– respecto de los supuestos sobreprecios y beneficios otorgados por intermedio del sistema vigente en materia de obras y servicios públicos, es momento para reflexionar también no sólo sobre qué sistema o modalidad contractual es mejor.

Cualquiera sea el sistema que se adopte, tiene que habilitarse con él un control efectivo en tiempo real en la ejecución y razonabilidad del gasto y el financiamiento,

.....
⁵⁴⁶ Ver, respecto a la depredación en los monopolios, entre otros a: POSNER, RICHARD A. (SUÁREZ, EDUARDO L., trad.), *El análisis económico del derecho*, México, FCE, 1998, ps. 290-294.

como así también que las inversiones a realizarse en su marco sean consecuencia de un análisis legal, ambiental, económico y financiero completo y complejo, previendo la participación de capitales responsables socialmente, transparentes y en concurrencia e igualdad⁵⁴⁷.

El problema más grave y profundo de la Argentina no son las normas, somos nosotros quienes integramos la Nación.

Si no comprendemos ello, en doce o quince años estaremos nuevamente discutiendo lo mismo, ya no el fracaso de los Decretos 1299/00 y 967/05, sino de la Ley 27.328 en comentario. Pero siempre, lamentablemente, sin saber aprender de los errores.

Nos queda, citando una vez más a GORDILLO, al menos un consuelo, “que tampoco es pequeño. Todos los costos que asume el gobierno frente a la sociedad y a la justicia son deudas que adquiere y tendrá inevitablemente que pagar en otros asuntos públicos. Su crédito no es inagotable. Además de los casos en que la sociedad pone los límites al gobierno existen los casos en que los individuos lo hacen. No solamente Bielsa puede plantarse con su conciencia. Otros pueden seguir su ejemplo. Pero no nos acostumbremos a depender de ellos. Y no olvidemos que ellos reaccionan, a su vez, por lo que reciben y perciben de la sociedad. No seamos complacientes con nadie que tenga poder. Esa es la clave de vivir en libertad”⁵⁴⁸.

.....

⁵⁴⁷ Para el caso de la inversión extranjera, ver: MUCHLINSKI, PETER T., “Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World”, en ALVAREZ, JOSÉ E., SAUVANT, KARL P., AHMED, KAMIL GÉRARD, VIZCAÍNO, GABRIELA P. (dirs.), *The evolving international investment regime: Expectations, realities, options*, 2a ed., Oxford University Press, 2011, ps. 43-54.

⁵⁴⁸ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. XI, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2015, Sección I - p. 74; publicado originalmente bajo el título “Racionalidad, política, economía, derecho”, LL, 2006-A, 1277.

Podemos pasarnos la vida discutiendo sobre cuáles son los riesgos⁵⁴⁹ y vicios del sistema legal argentino que aumentan o provocan obstáculos para lograr a una mejora real y definitiva de la calidad de vida de todos los argentinos en todo el territorio nacional. Sin embargo, en esa vida discutiendo se nos pasa por alto que los gobiernos, cualquiera sea el color político que posean, tienen que dar respuestas a las demandas insatisfechas de la población y rendir sus cuentas (*accountability*) de sus acciones y omisiones.

Las sociedades democráticas “se sostienen en una sutil y frágil red de confianza. Confianza en que las reglas del juego serán respetadas, en principio, por todos; confianza en que existen instituciones imparciales que garantizan el respeto y sancionan los incumplimientos de las normas; confianza en que las políticas públicas tienden a buscar el bienestar colectivo y no el de unos pocos. Y para que esta confianza exista y se renueve, se requiere, entre otros factores, un gobierno que respete los valores que proclama. Frente a ello, es evidente que una de las mayores amenazas para poder sostener tal red de confianza es la corrupción, en general, y, sobre todo, la corrupción de los gobiernos”.

La primera confianza que se debe generar es la de los argentinos en sus instituciones políticas y, con ello, en nosotros mismos⁵⁵⁰.

La Ley 27.328, por sí sola, “sin la actividad y participación ciudadana de defensa de sus derechos (imposible en una dictadura, muy difícil en una autocracia, posible pero no siempre constante en libertad), de poco sirve”⁵⁵¹ para generar confianza.

.....

⁵⁴⁹ En materia de obra pública, por caso, se ha indicado que riesgo es todo supuesto o posible contingencia que amenace con modificar la equivalencia real de las prestaciones, impidiendo que el contratista logre la ganancia proyectada inicialmente al cotizar o que la comitente obtenga el opus en las condiciones solicitadas (BONINA, NICOLÁS, “Apuntes sobre la administración del contrato de obra pública”, LL, 2008-D, 1105).

⁵⁵⁰ EIGEN, PETER (BARTELS, MIREIA, FRANCH, NATALIA, SÁNCHEZ, DAVID, trad.), *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*, Colombia, Planeta, 2004, p. 132.

⁵⁵¹ GORDILLO, AGUSTÍN, “Cuarenta y cuatro años continuos de Ley en la Argentina, desde 1966 al presente”, LL, 2010-F, 643.

Esa es la clave de bóveda en nuestra todavía joven democracia y en la norma aquí comentada, más allá de la postura ideológica que supone toda decisión política⁵⁵²: la participación, control social y rendición de cuentas⁵⁵³.

No existen modelos puros ni perfectos, ni fórmulas mágicas o piedra filosofal alguna que tengan la capacidad concreta de convertir el plomo o cualquier metal en oro, o de lograr la eternidad. Dejamos esas preocupaciones para la alquimia y, en alguna medida, al menos la última, para la fe y la religión. El presente comentario probablemente está plagado de dudas y contradicciones *imperfectas*. Recuerda GOETHE, en la boca de MEFISTÓFELES, que: “Una contradicción perfecta es tan misteriosa para los listos como para los tontos. Amigo mío, el arte es viejo y nuevo. Con él se difundió para la posteridad el error en lugar de la verdad: con el tres y el uno y con el uno el tres. Así se charla y se enseña sin trabas. ¿Quién se ocupa de los locos? *Cuando el hombre oye palabras, cree habitualmente que estas ofrecen materia para pensar*”.

Esperamos, por tanto, haber realizado un mínimo aporte para repensar esta figura considerando su actualidad para el desarrollo de obras de infraestructura y su impacto a futuro para el Derecho argentino.

.....

⁵⁵² Ver O’DONNELL, GUILLERMO, “Democracia y Estado de Derecho”, en Disonancias. *Críticas democráticas a la democracia*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007, ps. 179-186.

⁵⁵³ Como ha descripto NINO, el Derecho —las normas— hace posible la integridad y la subsistencia de las sociedades. Sin embargo, la construcción del mito llamado Estado, implica una actividad dirigida hacia la implementación de una ideología, ajena a cualquier criterio lógico o empíricamente contrastable (NINO, *Un país...*, op. cit., p. 35).

BIBLIOGRAFÍA

ABAL MEDINA, JUAN MANUEL, *Los partidos políticos: ¿un mal necesario?*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004.

-----, *Manual de ciencia política*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

ACKERMAN, SUSAN ROSE, "Desregulación y privatizaciones en los Estados Unidos. Críticas desde un enfoque progresista", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1, N° 1, abril 1996.

ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, "Artículo 20. Perfeccionamiento del Contrato", en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE y ARIEL CARDACI MÉNDEZ (coords.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 2013/2001*, 1º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 195 y ss.

-----, "Artículo 30. Alcance de las Restricciones", en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección sobre el Derecho Argentino*", Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 535 y ss. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>.

-----, "Discrecionalidad: Muerte y Resurrección", en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir.), *El Control de la Actividad Estatal I. Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, 1ª ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, 2016, p. 47 y ss. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-el-control-de-la-actividad-estatal.php>.

-----, "¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?", *LL*, 2007-C, 376.

-----, "'Kek' o el principio de de estabilidad del acto administrativo irregular", en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir.), *El Control de la Actividad Estatal II. Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos*, 1ª ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, 2016, p. 267 y ss.

ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE y ARIEL CARDACI MÉNDEZ, "El fin de las garantías de impugnación", *LL*, 2007-A, 258. Norma comentada: Dictamen 117/2006 ~ Procuración

del Tesoro de la Nación ~ Estado Mayor General de la Armada. Cita Online: AR/DOC/3803/2006.

ARENOSO, FEDERICO, *Manual de transparencia y control social en las contrataciones públicas*, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación Poder Ciudadano, 2006, p. 27

ARIAS, LUIS FEDERICO, "Derecho administrativo: ¿ciencia jurídica o ciencia ficción?", en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia IV*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

BARRA, RODOLFO CARLOS, "El nuevo Régimen de Contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo", Buenos Aires, RAP, 2004, 28:13.

-----, "Los sujetos auxiliares de la administración en el contrato de obra pública," *LL*, 1982-D, 356.

-----, *Contrato de Obra Pública*, T. I, *Parte General. Consorcios. Concesión de Obra Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 1988.

-----, *Contrato de Obra Pública*, T. III, *Precio. Certificación. Mora. Intangibilidad de la remuneración*, Buenos Aires, Ábaco, 1988.

-----, "La sustantividad del contrato administrativo", *ED*, 182-1029.

-----, *Tratado de derecho administrativo*, T. III, *Administración financiera. Jefe de Gabinete. Empresas públicas*, Buenos Aires, Ábaco, 2006.

BARRAGUIRRE, JORGE A. (h), "Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y el Convenio CIADI: ¿La evaporación del derecho doméstico?", *RPA*, 2007-3:107.

BARRERO RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN, "Los Efectos de la Resolución de los Contratos Administrativos: resolución por Concurso y por incumplimiento del contratista. La conveniencia de una reforma normativa", *Revista de Administración Pública*, N° 196, Madrid, enero-abril 2015, ps. 61-95, ISSN: 0034-7639.

BELTRAN, FACUNDO, "Consideraciones sobre prácticas anticompetitivas y el Decreto N° 893/2012: el problema de los 'partners' en las contrataciones públicas", *Revista RAP*, N° 411, Sección Doctrina, p. 67.

BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2º ed. corr. y act., Buenos Aires, Depalma, 1980.

BONINA, NICOLÁS, “‘Sempra’. Apuntes para redefinir el derecho administrativo global”, *LL*, 2010-E, p. 344.

-----, “Apuntes sobre la administración del contrato de obra pública”, *LL*, 2008-D, 1105.

BRUNO, EUGENIO A., “Reglamentación de la Ley de Contratos de Participación Público-Privada”, *LL*, 05/04/17.

BUSTINGORRY, RODRIGO, “Arbitraje en Argentina en contratos público-privados”, *CIAR Global*, 03/03/17. Disponible en: <http://ciarglobal.com/rodrigo-bustingorry-arbitraje-en-argentina-en-contratos-publico-privados/>.

BUSTELO, ERNESTO N., “Contrato viciado por omisión de la licitación pública (a propósito de ‘Cardiocorp’)”, *LL*, 2007-D, 221.

BUTELER, ALFONSO, “Conflicto entre principios. Fallo de la Corte sobre contratación administrativa”, *LL*, 2015-A, 482.

-----, “La autonomía de la voluntad en los contratos administrativos”, *DJ*, 01/06/2011, 27. Fallo Comentado: CSJN (CS) CS ~ 2010-10-05 ~ “CASE SACIFIE c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

CAMACHO CÉPEDA, GLADYS, “La regulación de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras: examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410”, *Derecho Público Iberoamericano*, N°4, abril 2014, p. 162.

CAMILO LLEDÓ VELOSO y JOSÉ PARDO DONOSO, *Revista de Derecho Público Chile*, Vol. 82, 1º Sem, 2015, ps. 53-77. Disponible en:

<http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/search>.

CANDA, FABIÁN O., “El elemento subjetivo en la contratación administrativa: ¿necesariamente una de las partes debe ser el Estado?”, en *Contratos administrativos*.

Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, 2ª ed., Buenos Aires, RAP, 2010.

CANOSA, ARMANDO N., "Los principios del procedimiento administrativo en recursos, reclamos y contratación pública", Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° AP/DOC/2808/2012.

-----, "La discrecionalidad administrativa en los concursos docentes: su control", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, Buenos Aires, 1992, p. 489.

-----, "Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa", *ED*, 166-988.

CANTERO, JUAN CARLOS, "Pliego de Bases y Condiciones", en AA. VV., *Contratistas del Estado. Procedimiento de Selección*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 117.

CAPARROZ, LUCIANO, "Los contratos administrativos y la valoración de sus principios", *LL*, 2012-E, 411.

CARDACI MÉNDEZ, ARIEL, "Revocación del contrato de obra pública", Buenos Aires, Astrea, 2014.

-----, "Artículo 12. Facultades y obligaciones de la autoridad administrativa", en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE y ARIEL CARDACI MÉNDEZ (coords.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 2013/2001*, 1º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

CARDACI MÉNDEZ, ARIEL Y GUIDO JULIÁN DUBINSKI, "Artículo 15. Criterio de Selección", en REJTMAN FARAH, Mario (dir.), ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE y ARIEL CARDACI Méndez (coords.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 2013/2001*, 1º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

CARREGAL, SANTIAGO, SCHIARITI, MARÍA LORENA, VERAMENDI, ENRIQUE V., "Nuevo régimen de Participación Público-Privada", 30/11/16. Disponible en:

<http://www.marval.com/publicacion/nuevo-regimen-de-participacion-publico-privada-12892/>.

CARRETERO PÉREZ, ADOLFO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed., Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 1995.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

-----, *Derecho administrativo*, T. I, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

-----, *Derecho administrativo*, T. II, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

-----, *Derecho administrativo*, T. II, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

-----, "Características principales del régimen de contrataciones de la administración nacional", 06/11/08. Disponible en:

[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La caracterizacion legal de las contrataciones de la Administracion nacional.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf).

-----, "En torno a la categoría del contrato administrativo. (Una polémica actual)", en *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000.

-----, "La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos", en ARIÑO ORTIZ, GASPAR Y CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.

-----, "La supervivencia de la figura del contrato administrativo y su categorización jurídica", en CASSAGNE, JUAN CARLOS y RIVERO YSERN, ENRIQUE (dirs.), *La contratación pública*, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

-----, "La contratación pública", en *Tratado general de los contratos públicos*, T. I, La Ley, 2013.

-----, "La igualdad en la contratación administrativa", *El Derecho*, T. 101, p. 901.

-----, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 32, Buenos Aires, 1999.

CIMINELLI, DARÍO, "Comentario a la Ley Nacional 27.328", *ADLA* 2017-2, 56.

-----, "Régimen de los contratos de participación público-privada. Un nuevo desafío para el derecho argentino", *ADLA*, 2017-6, 3.

COMADIRA, JULIO R., *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)*, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

COMADIRA, JULIO y DORA PAULA WINKLER, "Las contrataciones interadministrativas y el principio de libre elección", *ED*, T 119-836, 1982.

COMADIRA, JULIO R., HÉCTOR J. ESCOLA, y JULIO P. COMADIRA, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 1ª ed. Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 37.

COMOTTO, SABRINA, "Las políticas de 'compre' y 'contrate nacional.' El direccionamiento del poder de inversión del sector público nacional hacia el mercado interno (1963-2003)", *RAP*, Vol. 33, N° 393, junio 2011.

CORREA, ISABEL, *Manual de licitaciones Públicas*, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social- ILPES, perteneciente a la CEPAL, diciembre de 2002.

CORMICK, MARTÍN, "Artículo 16. Elegibilidad", "Artículo 17. Subsanción de Deficiencias" y "Artículo 18. Revocación de los actos administrativos del procedimiento contractual" en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 191.

COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN", en CASSAGNE, JUAN CARLOS y RIVERO YSERN, ENRIQUE (dirs.), *La contratación pública*, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

-----, "El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *ED*, 111-845.

CRIVELLI, JULIO C. Y SUSANA E. VEGA, "Digesto. Régimen legal de las obras públicas. Ley N° 13.064". Disponible en: www.jccrivelliabogados.com.ar.

DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, “Excursus sobre la forma de los contratos administrativos. Aproximación a algunas cuestiones ocultas”, *LL*, 2011-D, 1102.

D’AURIA, ANIBAL A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

DIANA, NICOLÁS, “Breve comentario al Proyecto de Ley de Participación Público-Privada (PPP)”, *La Ley – Suplemento de Derecho Administrativo*, agosto 2016, ps. 5-9.

-----, “Cuestiones generales sobre el contrato de participación público - privada (PPP)”, *LL*, 26-IV-17.

-----, “La excepción de incumplimiento en la concesión de servicios públicos”, *LL*, 2008-D, 856.

DIANA, NICOLÁS y ERBIN, JUAN, “Artículo 11. Formalidades de las Actuaciones”, en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE y ARIEL CARDACCI MÉNDEZ (coords.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 2013/2001*, 1º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 114 y ss.

-----, “Comentario al artículo 25”, en REJTMAN FARAH (dir.), ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE y ARIEL CARDACCI MÉNDEZ (coords.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 256.

DIANA, NICOLÁS y BONINA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino. El derecho administrativo como técnica de ordenamiento social*, Buenos Aires, Lajouane, 2009.

DIEZ, MANUEL M., *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1965.

DROMI, JOSÉ R., *La Licitación Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 194.

DRUETTA, RICARDO T. y ANA P. GUGLIELMINETTI, “Ley 13.064 de obras públicas. Comentada y anotada”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

DRUETTA, RICARDO T., “Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante. Su incompatibilidad con los principios fundamentales del

Procedimiento Administrativo", en *Procedimiento Administrativo*, Ed. Ciencias de la Administración Pública, 1998.

DUBINSKI, GUIDO JULIÁN, "Los proveedores y el Estado. Mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el ámbito nacional. El Régimen Nacional Decreto 436/2000 y la ilegitimidad del art. 25 de la Resolución N° 834/2000 MECON", EL DIAL (www.eldial.com), Suplemento de Defensa del Usuario y del Consumidor y de la Regulación de Servicios Públicos, Año 2008, 01/02/2008.

-----, "Las Facultades Sancionatorias en los Contratos Administrativos", en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir.) *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2013. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>

DUBINSKI, GUIDO y ARIEL CARDACI MÉNDEZ, "Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)", *LL*, 2010-F, 169.

DWORKIN, RONALD (GUASTAVINO, MARTA, trad.), *Los derechos en serio*, 8ª reimp., Barcelona, Ariel, 2010.

EIGEN, PETER (BARTELS, MIREIA, FRANCH, NATALIA Y SÁNCHEZ, DAVID, trad.), *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*, Colombia, Planeta, 2004.

ELGASSI, ALBERTO Á., *El régimen de contrataciones de la administración pública nacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006.

ESCODÉ, CARLOS, *Festival de licuaciones: causas y consecuencias de la pobreza en la Argentina*, Buenos Aires, Lumière, 2006.

FARRANDO, ISMAEL (h), *Contratos administrativos*, 1ª ed., Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo Perrot, 2002.

FELDESTEIN DE CÁRDENAS, SARA, Y LEONARDI DE HERBÓN, HEBE M., *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

FERNÁNDEZ, BETTINA, "El poder de Compre o Contrate Nacional en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires", *RAP*, 389-59.

-----, "La anulación oficiosa del contrato administrativo por vicio en las formas", *LLBA*, 2010 (octubre), 957.

FIORINI, BARTOLOMÉ A. E ISMAEL MATA, *Licitación pública. Selección del contratista estatal*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972.

RICARDO FRANCAVILLA, "Cuestiones de Contratos Administrativos", Buenos Aires, RAP, 2007.

FREEDMAN, DIEGO y SHUNKO ROJAS, "Artículo 25. Protección Judicial", en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección sobre el Derecho Argentino*", Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 443 y ss. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>.

GAMBIER, BERTRAN, "El concepto 'oferta más conveniente' en el procedimiento licitatorio público. (La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial)", p. 7. Disponible en:

http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta_mas_conveniente.pdf.

GARCÍA, LEANDRO, "ARTÍCULO 3°. PRINCIPIOS GENERALES", en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE y ARIEL CARDACCI MÉNDEZ (coords.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 2013/2001*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 39 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ; TOMAS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 10ª reimpresión, Buenos Aires, Civitas, 2001, p. 663.

-----, *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Madrid, Civitas, 2008.

GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, "El Derecho Administrativo en la Práctica", en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. VII, Cap. I, p. 19.

GARGARELLA, ROBERTO, *Crítica de la constitución. Sus zonas oscuras*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2004.

-----, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776/1860)*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2008.

GAUKRODGER, DAVID Y GORDON, KATHRYN, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", en *OECD Working Papers on International Investment*, marzo 2012, p. 51 y ss. Disponible en: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf.

GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, 4ª reimpresión, La Ley, 2011.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

GHIOTTO, LUCIANA, "La protección a las inversiones como corazón del libre comercio: acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión y el CIADI", Repositorio Universidad de Belgrano, Revistas Digitales, Debates Latinoamericanos, Red Latinoamericana de Cooperación Universitaria.

GHIOTTO, LUCIANA y PASCUAL, RODRIGO, "El CIADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas", *Realidad Económica*, N° 238, Buenos Aires, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo*, T. I, Madrid, Civitas, 1998, p. 17.

GORDILLO, AGUSTÍN, "Cuarenta y cuatro años continuos de Ley en la Argentina, desde 1966 al presente", *LL*, 2010-F, 643.

-----, "Hacia la unidad del orden jurídico mundial", *RPA*, 2009-1:71.

-----, "La mutación del contrato administrativo", en AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, RAP, 2007.

-----, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

-----, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. I, *Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013.

-----, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. II, *La defensa del usuario y del administrado*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2014.

-----, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. XI, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, Sección I, Buenos Aires, FDA, 2015; publicado originalmente bajo el título “Racionalidad, política, economía, derecho”, *LL*, 2006-A, 1277.

-----, “El Informalismo y la Concurrencia en la Licitación Pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 11, Buenos Aires, 1992, p. 293 y ss.

GUASCH, J. L., “Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right”, *WBI Development Studies*, 2004.

GUASCH, J. L. Y STRAUB, S., “Corruption and Concession Renegotiations. Evidence from the Water and Transport Sectors in Latin America”, *Utilities Policy* 17, 2009.

GUSMAN, ALFREDO S., “Cuestiones de interés vinculadas a la licitación pública”, *LL*, 1999-F, 1012.

-----, “La potestad punitiva de la Administración en el contrato de concesión de servicios públicos. Aportes para la construcción de un derecho constitucional sancionador”, *JA*, 2005-I-1236.

GUGLIELMINETTI, ANA PATRICIA Y BENSANDÓN, PASCUAL, “Algunos aspectos jurídico-económicos de la Asociación Público Privada (a propósito del dec. 967/05)”, *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, El Derecho, 2005.

HALL, DAVID, “Why public-private partnerships don’t work. The many advantages of the public alternative”, Public Services International Research Unit University of Greenwich, UK, 2015, p. 45. Disponible en:

http://www.world-psi.org/sites/default/files/rapport_eng_56pages_a4_lr.pdf.

HAMMAMI, MONA, RUHASHYANKIKO, JEAN-FRANCOIS Y YEHOUE, ETIENNE B., *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*, IMF Working Paper - IMF Institute, 2006.

Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2006/wp0699.pdf>.

HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO, “El derecho administrativo frente al arbitraje internacional de inversiones”, *Revista de Derecho Público*, N° 50, Año 25, Montevideo, diciembre 2016.

HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, *Prerrogativa y garantía*, EUNED, 1995.

HERRERA DE VILLAVICENCIO, BLANCA, “El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos”, *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos*, N° 347, p. 108 y ss.

HUTCHINSON, TOMÁS, “El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato de la administración”, en AA. VV., *Contratistas del Estado. Procedimiento de Selección*, 1ª ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 33.

IOSSA, ELISABETTA Y MARTIMORT, DAVID, “Corruption in Public-Private Partnerships, Incentives and Contract Incompleteness”, CESifo DICE Report 3/2014 (septiembre).

ISABELLA DIEGO, “El lucro cesante frente a la responsabilidad por actividad lícita del Estado, su regulación en la ley de emergencia económica y en el decreto delegado 1023/01”, *Revista de la Administración Pública*, número especial *Régimen de contrataciones y Compre nacional*, N° 28.

KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, NICO Y STEWART, RICHARD B., “El Surgimiento del Derecho Administrativo Global”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, marzo 2010.

KENNEDY, DUNCAN, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010.

KODELIA, GONZALO S., “Recursos y reclamos: ¿quién es quién en el procedimiento administrativo?”, *SJA* 2012/07/18-3, *JA* 2012-III-1418.

-----, “Primeras aplicaciones del nuevo reglamento del régimen de contrataciones de la Administración Nacional: Riesgos y Potencialidades”, en *Estudios de Derecho Público*, 1ª ed., 2013, p. 779.

LICO, MIGUEL A., "El enriquecimiento sin causa en los campos de los derechos civil y administrativo", *LLCABA*, 2012 (agosto), 383.

LINARES QUINTANA, SEGUNDO, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 559.

LUJÁN, MABEL, "Acerca del nuevo Régimen Nacional de Asociación Público - Privada. El Decreto 967/05", en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Derecho Administrativo*, Año 18, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 226.

LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, "La modificación (*jus variandi*) del contrato administrativo", en *Tratado general de los contratos públicos*, T. III, La Ley, 2013.

MABROMATA, ENRIQUE, "Jurisprudencia de la Corte en contratos de obra pública en los primeros lustros del Siglo XXI", *LL*, Sup. Adm. 2010 (agosto), p. 229 y ss.

MAIRAL, HÉCTOR A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", *ED*, 179-655.

-----, "La degradación del derecho público argentino", en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia IV*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

-----, *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, RAP, 2007.

-----, "La teoría del contrato administrativo", en *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.

-----, "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas", en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

-----, "La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano", *ED*, Serie Especial 2000-2001, ps. 525-542.

-----, "¿Uno o dos derechos administrativos?", *LL*, Sup. Adm. 2010 (agosto).

-----, "La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos," en Revista del Régimen de la Administración Pública, N° 320.

-----, "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas", *La Ley, Sup. Esp. El Contrato Administrativo en la Actualidad*, mayo 2004.

-----, "La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos públicos", *Revista del Régimen de la Administración Pública*, N° 320.

-----, *Las raíces legales de la corrupción*, Buenos Aires, RAP, 2007, p. 76.

MARGARITI, ANTONIO I., "El Estado depredador", *Economía para Todos*, 03/07/08. Disponible en: <http://economiaparatodos.net/el-estado-depredador/>.

MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, *Teoría general*, 5ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

-----, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, *Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

-----, *Tratado de derecho administrativo*, T. III-A, *Contratos Administrativos. De los contratos en particular*, 4ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

MARTÍNEZ BARRERA, JORGE, "El Bien Común Político según Santo Tomás de Aquino", *Revista de Filosofía Themata*, N° 11, 1993, ps. 71-99.

MATA, ISMAEL, *Ensayos de Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ediciones RAP, 2009, p. 386.

MERTEHIKIAN EDUARDO, "Revocación por oportunidad de contratos de Infraestructura y resarcimiento del lucro cesante (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01)", *Revista del Régimen de la Administración Pública* (RAP), N° 320. MÓ, FERNANDO F., *Régimen legal de las obras públicas*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1977.

MOHADEB, SERGIO NICOLÁS, "Art. 24. Selección del cocontratante", en REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), *Contrataciones de la administración nacional. Decreto 1023/2001 comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

MONTI, LAURA M., "Consecuencias de la revocación del llamado a licitación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia", en AA. VV., *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, T. I, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 346-358.

MORELLO, AUGUSTO M., "Inexistencia y nulidad del contrato. Perspectivas", *LL*, 1995-E, 785.

MUCHLINSKI, PETER T., "Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World", en ALVAREZ, JOSÉ E., SAUVANT, KARL P., AHMED, KAMIL GÉRARD Y VIZCAÍNO, GABRIELA P. (dirs.), *The evolving international investment regime: Expectations, realities, options*, 2ª ed., Oxford University Press, 2011.

NIELSEN, FEDERICO, en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas Nacionales Organizadas por la Universidad Austral, "La Razonabilidad y la Eficiencia como Principios Generales de la Contratación Administrativa", Ediciones RAP, p. 563 y ss.

NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 1974.

NINO, CARLOS, *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, Ariel, 2005.

NINO, EZEQUIEL, "Inversiones extranjeras en países en desarrollo: ¿Alguien debería intervenir a nivel global?", *RPA*, 2007-3:123.

NOZICK, ROBERT (TAMAYO Y SALMERÓN, ROLANDO, trad.), *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 2012.

O'DONNELL, GUILLERMO, "Democracia y Estado de Derecho", en *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

ORTIZ DE ZÁRATE, MARÍA - DIEZ, HORACIO P., "Perfiles de la contratación administrativa a la luz del dec. 1023/2001", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 43, Buenos Aires, LexisNexis, 2003.

PERIS, JOAQUÍN IZQUIERDO, y VIRGIDANO RAQUEL GONZÁLEZ, “El cumplimiento de los principios de economía, eficacia y eficiencia en la gestión de fondos públicos destinados a la enseñanza primaria en la Comunitat Valenciana”, de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, *Revista Auditoría Pública*, Nº 65, 2015, p. 31.

PIKETTY, THOMAS (GEORGIADIS, MARÍA DE LA PAZ, trad.), *La economía de las desigualdades. Cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

PLATÓN, *La República o El Estado*, Cap. IV, Edicomunicación.

POSNER, RICHARD A. (SUÁREZ, EDUARDO L., trad.), *El análisis económico del derecho*, México, FCE, 1998.

PRITZ, OSVALDO F. A., “El rescate”, en AA. VV. Jornadas “Contratos administrativos” de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000.

QUEINNEC, YANN, “Public Private Partnerships and Water Multinationals practices”, París, Sherpa, 2006, p. 36. Disponible en: <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/PPP-and-Water.pdf>.

RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES, “El *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador”, *Revista de Derecho*, Nº 40, Barranquilla, 2013, ISSN: 0121-8697 (impreso) ISSN: 2145-9355 (*online*).

RAWLS, JOHN (DE FRANCISCO, ANDRÉS, trad.), *La justicia como equidad. Una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004.

REDFERN, ALAN, HUNTER, MARTIN, BLACKABY, NIGEL, PARTSIDES, CONSTANTINE (MARIGO, NOIANA, OSSA, FELIPE, rev. y adap.), *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2007.

REJTMAN FARAH, MARIO, “Desencuentros entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la administración pública en materia de contrataciones administrativas”, *LL, Sup. Adm.* 2010 (agosto), 197.

-----, *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.

ROBINSON, J. MICHAEL, Q.C., "ICSID Cases on Its Jurisdiction: A Serious Problem for Public/Private Partnerships for Infrastructure in Developing Countries", en *International Business Lawyer*, diciembre 2004, p. 263 y ss.

ROCHA PEREYRA, GERÓNIMO, "El decreto 204/2004. Un posible retroceso en la contratación pública", *SJA*, 01/9/2004; *JA*, 2004-III-1288.

RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas", *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 12, 2008.

ROSATTI, HORACIO D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", *LL*, 2003-F-1283.

ROSS, ALF (CARRIÓ, GENARO, trad.), *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1994.

ROTHENBERG, MÓNICA, "La revisión judicial de los laudos arbitrales según el Código Civil y Comercial. Su adecuada interpretación", *RCCyC*, 2016 (junio), p. 27 y ss.

ROTMAN, SANTIAGO, "Metodología de la ciencia política", en AZNAR, LUIS y DE LUCA, MIGUEL (coords.), *Política. Cuestiones y problemas*, Buenos Aires, Cengage Learning, 2010.

RUFF, DEBORAH Y TAN, TREVOR, "Fork-in-the-Road clauses. Divergent paths in recent decisions", *International Arbitration Report*, Norton Rose Fulbright, Nº 5, 2015, ps. 12-14.

RUSAILH, JUAN JOSÉ, "Aprendiendo de los demás: utilidad, límites y desafíos de las Iniciativas de Financiamiento Privado a la luz de la experiencia internacional", ponencia presentada en el "VII Congreso Nacional de Ciencia Política – Sociedad Argentina de Análisis Político", Córdoba, 2005. Disponible en: <http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/VII/programa/paneles/d/d2/rusailh.pdf>.

SAENZ, JUAN IGNACIO, en GARGARELLA, ROBERTO y GUIDI, SEBASTIÁN (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, T. II, La Ley, 2016, p. 647.

SAE YOUN, KIM Y TAEJOON, AHN, "Investment arbitration and parallel proceedings", en *The Investment Treaty Arbitration Review*, 2ª ed., Londres, Law Business Research, 2017, ps. 78-89.

SALCEDO, NORMA Y HUBEŇAK, JUAN MANUEL, "Actualidad de los regímenes de Compre y Contrate Nacional", *RAP*, 28-119.

SCHREUER, CHRISTOPH, "Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *Journal of World Investment & Trade*, 2004.

SEUNGWOO, SON, *Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules*, junio 2012. Disponible en:

https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/public-private-partnerships-2013/20120704_Report_on_PPP_legal_IssuesSon_Seungwoover.11.pdf.

SALOMONI, JORGE LUIS, "Contratos administrativos y Mercosur", en *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, RAP, 2010.

SCALABRINI ORTIZ, RAÚL, *Historia de los ferrocarriles argentinos*, 4ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1964.

SESIN, DOMINGO, "La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos", en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones RAP, Jornadas del 17, 18 y 19 de mayo, p. 127. SOTELO DE ANDREU, MIRTA, "Las contrataciones reservadas", en AA. VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos. En homenaje a JULIO RODOLFO COMADIRA*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 17, 18 y 19 de mayo de 2006, p. 79 y ss.

TAWIL, GUIDO S. Y ZULETA, EDUARDO (dirs.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

TAWIL, GUIDO S., "Exigibilidad frente al estado del deber de prevención del daño", *LL*, 2015-F, 482.

-----, "Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos 'Vivendi', 'Wena' y 'Maffezini'", *LL*, 2003-A, 914.

-----, "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", *LL* 2000-D, 1106.

-----, "Racionalidad y formas en el derecho administrativo", *LL*, 2013-C, 671.

THEA, FEDERICO, "Artículo 8. Garantías Judiciales", en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE (dir), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección sobre el Derecho Argentino*", Buenos Aires, La Ley, 2013. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>.

UZAL, MARIA ELSA, "Breve panorama del Arbitraje Comercial Internacional en Argentina", *JA*, 04/03/15.

VATTIMO, GIANNI (D' MEZA, MARÍA TERESA, trad.), *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010.

VEGA, SUSANA E. Y CRIVELLI, JULIO C., "Régimen de Compre Argentino y Contrate Nacional", *Separata - RAP*, 337.

VERBITSKY, HORACIO, *Robo para la Corona: los frutos prohibidos del árbol de la corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1992.

YMAZ COSSIO, ESTEBAN R., "Desarrollo de la infraestructura nacional: tres desafíos legales", *LL*, 2016-A, 1245.

ZAK, PABLO, *El principio de transparencia en la administración pública*. Disponible en: <http://www.zak-icg.com/admin/material/archdestacado2.pdf>.

