Capítulo 13

El Servicio Público

I. Las distinciones entre el poder estatal de regulación y los servicios estatales

El desarrollo clásico del Derecho Administrativo dice que las técnicas de intervención estatal son, como ya explicamos, el poder de policía y el servicio público. Sin embargo, creemos que el esfuerzo no debe centrarse en reemplazar estas palabras por otras sino en modelar su contenido y así redefinirlas según el fundamento propio del Estado Social y Democrático de Derecho.

El Estado debe garantizar derechos y para ello es necesario que preste servicios materiales o garantice su prestación por otros. En este sentido, hemos argumentado que el Estado en parte satisface derechos por medio de su potestad de limitar o restringir otros derechos; sin embargo, no es suficiente por sí solo ya que debe garantizar el goce de múltiples derechos y hacerlo de modo integral —trátese de derechos individuales, sociales y colectivos—, con el objeto de que cada cual pueda elegir y materializar su propio plan de vida. Así, es necesario e imprescindible que el Estado intervenga activamente.

Entonces, el Estado debe, *por un lado*, regular y, *por el otro*, realizar prestaciones positivas o sea prestar servicios.

Demos un ejemplo. ¿Cómo debe satisfacer el Estado el derecho de aprender? En primer término, por medio de limitaciones. Así, por caso, el Estado establece la obligatoriedad de la enseñanza básica, los contenidos curriculares mínimos y las condiciones de estudio y promoción, entre otros aspectos. Sin embargo, es posible advertir claramente que el derecho a educarse no puede satisfacerse sólo con regulaciones en términos de límites o cortapisas sino que es necesario que el Estado haga algo más, esto es, prestar el servicio por sí o garantizar su prestación por terceros, de modo que aquí ya dejamos el terreno de las restricciones y nos ubicamos en el campo propio de los servicios.

Otro ejemplo. Así, por caso, sólo es posible garantizar el derecho a la salud mediante regulaciones (prohibiciones, limitaciones y restricciones) y, a su vez, por medio de prestaciones de contenido positivo de servicios de salud, dados directamente por el Estado o por terceros.

Sigamos analizando el caso de los servicios estatales. En este marco el Estado puede: (a) regular y prestar directamente el servicio, o (b) regular y garantizar el servicio prestado por terceros. Por ejemplo, el servicio de educación, seguridad, salud, vivienda y los llamados servicios domiciliarios (agua potable, luz y gas, entre otros).

¿La Constitución establece el deber del Estado de prestar o garantizar los servicios y no solo regularlos? Sí, es obligatorio respecto de las funciones estatales como es el caso de la seguridad, el servicio de justicia y el servicio exterior. En relación con los otros servicios, también es obligatorio, sin perjuicio de que la Constitución no lo establece en términos expresos sino implícitos. El Estado debe hacerlo en tanto su obligación constitucional es reconocer y hacer ciertos los derechos, y esto sólo es posible si el Estado garantiza la prestación de los servicios por sí o por terceros.

En síntesis, *el Estado debe prestarlos o garantizar su prestación, y ello con el objeto de hacer valer los derechos fundamentales.*

II. Las funciones estatales. Los servicios sociales y los servicios públicos

Luego de distinguir entre el poder de regulación y el deber de prestar o garantizar los servicios estatales, es necesario seguir y discernir entre los servicios con el propósito de despejar el objeto de nuestro estudio en el marco de este capítulo, es decir, el *servicio público.*

¿Todo servicio estatal es servicio público? o, quizás, ¿el servicio estatal y el servicio público son dos conceptos distintos? Creemos que el servicio estatal comprende tres campos distintos.

El primer campo es el de las ***funciones estatales básicas*** de carácter indelegable, tal es el caso de la seguridad, la justicia y el servicio exterior. En efecto, las funciones estatales son indelegables mientras los otros servicios pueden ser prestados por el Estado o por terceros. Así, cuando el servicio es prestado por el Estado con carácter exclusivo por mandato constitucional, esto es, tratándose de funciones estatales esenciales, entonces, es posible distinguirlo de los servicios sociales o públicos. De modo que, por ejemplo, la administración de justicia, sin perjuicio de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, debe ser prestado por el propio Estado por mandato constitucional.

El segundo campo comprende a los ***servicios sociales*** que son aquellos que deben ser prestados por el Estado, sin perjuicio de la participación concurrente de terceros. Es decir, los servicios sociales no son prestados en ningún caso en condiciones de monopolio sino en situaciones de concurrencia entre el Estado y los particulares. A su vez, *el servicio social satisface de modo directo los derechos básicos y fundamentales* como, por ejemplo, el servicio de salud o educación de todos y sus respectivos derechos. Estos servicios están apoyados en criterios básicos de solidaridad y protección social.

El tercer y último campo es ocupado por los ***servicios públicos***, es decir, los servicios que el Estado debe garantizar, pero puede abstenerse de prestar. De modo que no es necesario que el Estado preste tales servicios con carácter exclusivo o concurrente. A su vez este servicio de contenido económico reconoce derechos instrumentales, según el criterio del propio legislador, y permite hacer más ciertos los derechos fundamentales por su carácter complementario.

III. El desarrollo histórico del concepto de servicio público. Los elementos constitutivos. Su crisis. Su rescate: el reconocimiento normativo

El Estado centró históricamente sus actividades más en el desarrollo de su poder de regulación que en los servicios estatales. En verdad, éstos nacen en el siglo XIX (por ejemplo, la enseñanza pública y la seguridad social) y, particularmente, en el siglo XX con el propósito de suplir las iniciativas privadas (por caso: los ferrocarriles, la electricidad y las comunicaciones, entre otros).

En este contexto, las construcciones dogmáticas definieron el concepto de servicio público, quizás forzadamente, con los siguientes elementos básicos: (a) el sujeto estatal, (b) las prestaciones, (c) el marco jurídico, es decir, el Derecho Público y, por último, (d) el interés colectivo.

Este concepto, más o menos estable, comenzó a agrietarse fuertemente durante las últimas décadas, sin perjuicio de que en verdad deba reconocerse que es sumamente vago e impreciso.

Veamos cómo se desató esta *crisis*. Por un lado, el *elemento subjetivo*, es decir, el sujeto estatal fue claramente desvirtuado por la transferencia de los servicios al sector privado.

Por el otro, el servicio público no supone aplicar exclusivamente el *régimen del Derecho Público;* sin desconocer que ciertos aspectos sí deben estar regulados necesariamente por el Derecho Administrativo. Por ejemplo, cuando el servicio es prestado por el Estado mediante las empresas del Estado y no por el propio Poder Ejecutivo, entonces, el Derecho Privado irrumpe con fuerza. A su vez, si el servicio es prestado por los particulares, el Derecho Privado es incluso más fuerte y dominante.

En conclusión, creemos que, a la luz de los cambios analizados y las crisis consecuentes, el elemento subjetivo y el régimen jurídico de los servicios públicos que hemos estudiado históricamente deben necesariamente matizarse.

Pues bien, *¿cuál de los elementos constitutivos del servicio público —además de su condición de prestación— quedó enteramente en pie?* El interés colectivo. Sin embargo, el interés colectivo siempre está presente en el marco de cualquier actividad estatal, de modo que este aspecto es claramente deficiente por sí solo en el camino que nos hemos trazado.

¿Es razonable sostener, entonces, que el servicio público desapareció del mundo jurídico? Creemos que no porque el propio Convencional, el legislador y el Ejecutivo hacen uso de este concepto en sus respectivos textos. Por ejemplo, el art. 42, CN, y las leyes 24.065, 24.076 y 26.221, entre otras, y los decretos 293/2002 y 311/2003. En igual sentido cabe mencionar proyectos de ley que declaran ciertas actividades como servicios públicos, por ejemplo, las actividades financieras. Ahora bien, ¿qué querrá decir el legislador —en términos jurídicos— cuando declara que ciertas actividades son servicios públicos?

IV. LOS FUNDAMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO

Respecto del servicio público y sus fundamentos se han creado y desarrollado diversas teorías.

Uno de los posibles fundamentos teóricos es la ***publicatio***. Según este criterio el servicio público es un conjunto de actividades que el Estado sustrae del campo privado y las hace propias, con el propósito de encuadrarlas en el marco propio del Derecho Público. Es decir, el Estado por razones de interés público decide sustraer ciertos servicios del sector privado y residenciarlos en el sector público con las siguientes consecuencias: *por un lado,* ***excluir la libre iniciativa*** en el intercambio de los servicios y, *por el otro,* ***aplicar*** el régimen jurídico exorbitante del ***Derecho Público.***

El servicio público es, entonces, según este criterio, el instrumento estatal cuyo contenido es el siguiente: el Estado invade ciertas actividades particulares en razón del interés público haciéndolas propias, desplazando al sector privado y ejerciendo su titularidad. A su vez, en virtud de este título jurídico propio, el Estado ejerce sus poderes con gran amplitud en el marco del Derecho Público.

Es decir, el concepto de titularidad estatal permite que el Estado ordene, regule, organice y preste el servicio de que se trate por sí solo, con exclusión de otros. Estos sólo pueden participar en el trámite de gestión del servicio mediante concesión —título que es otorgado por el Estado—. En efecto, las personas no tienen un derecho propio y sólo pueden acceder y actuar en el sector de los servicios (es decir, explotarlos) mediante concesiones o permisos que deben ser otorgados por el Estado.

Así, la titularidad es intransferible y, en su caso, la concesión del servicio (gestión por terceros) es discrecional y temporal. ***Publicatio*** significa entonces titularidad del servicio por el Estado y, por tanto, responsabilidad de éste por la prestación del servicio.

A su vez, es el propio Estado quien decide qué actividad es servicio público y cuál no, es decir, el Estado resuelve si es o no su titular. Los servicios públicos son actividades que el Estado (léase el Convencional o el legislador) declaró tales porque son esenciales para la comunidad, en cuyo caso éste es el titular, controlador y regulador en términos exclusivos. Ese estatus reconocido por el legislador permite definir cuáles son los caracteres y justifica la aplicación de un régimen jurídico exorbitante y específico sobre ese sector de los servicios.

En particular, los caracteres pueden sintetizarse así: continuidad, regularidad, generalidad, igualdad, obligatoriedad, necesidad y control.

Por su lado, el régimen jurídico establece entre sus reglas básicas: 1) el servicio sólo puede ser prestado por terceros por concesión y con carácter temporal —esto es, no por sí mismos ni de modo permanente— y, además, 2) el reconocimiento de las potestades estatales de revocación y rescate del servicio como poderes exorbitantes *implícitos.*

Creemos que los principales reparos a la idea de la titularidad del servicio (*publicatio*) son los siguientes:

1- El título reconoce facultades implícitas, exorbitantes, vagas e imprecisas a favor del Poder Ejecutivo y en perjuicio de los derechos de los particulares. Es decir, y entre otras consideraciones, no se sabe cuáles son los poderes a favor del Estado que nacen de ese título.

2- Por otro lado, no es necesario el título para regular el sector de que se trate. En efecto, la potestad de regulación es claramente estatal por mandato constitucional.

3- El régimen exorbitante tiene ciertamente un valor histórico en el desarrollo del servicio público y quizás didáctico, pero no tiene valor jurídico alguno. El régimen jurídico exorbitante del Derecho Público en el marco del servicio público es simplemente el marco constitucional y legal, esto es, el conjunto de derechos, garantías, prohibiciones, restricciones y prestaciones. ¿Cuál es, entonces, el esquema normativo? Entendemos que debe aplicarse el régimen básico constitucional (derecho público) y luego ver cuál es el bloque específico que es comúnmente el cruzamiento entre el Derecho Público y Privado.

De todos modos el argumento más concluyente en sentido crítico es que *en el derecho positivo argentino no existe ningún precepto que establezca el criterio de titularidad en términos expresos y claros.*

En conclusión, creemos que no es necesario recurrir a este edificio dogmático con el objeto de explicar el instituto que habitualmente llamamos servicio público. Es decir, es posible resguardar los derechos de los usuarios y del concesionario, e incluso construir dogmáticamente el contrato de concesión del servicio público, sin título alguno.

Intentemos otro camino explicativo según el cual el servicio público es básicamente el servicio prestado en condiciones de ***monopolio.*** Sin embargo, el primer y mayor obstáculo con el que tropezamos aquí es que muchos de los servicios públicos no son prestados en situaciones de monopolio sino en términos competitivos. Por ejemplo, entre nosotros, el servicio de transporte de pasajeros.

Otro criterio es el de las ***public utilities*** cuyas características principales son las siguientes: (a) las actividades bajo este régimen deben ser declaradas por el legislador, (b) las potestades de regulación y aplicación de la ley en ese sector son ejercidas por un ente independiente, (c) el Estado no es el titular de esas actividades, (d) éstas son prestadas por los particulares simplemente por medio de licencias y autorizaciones, (e) éstas pueden ser otorgadas por tiempo indeterminado, (f) el rescate sólo puede ser decidido por el Congreso, (g) el servicio debe ser prestado obligatoriamente y en términos igualitarios, (h) el servicio debe ser seguro y, por último, (i) el precio del servicio debe ser justo y razonable.

Así, el concepto de *public utilities* supone servicios prestados por empresas privadas en competencia, pero con regulaciones y restricciones impuestas por el Estado. Entre éstas y a título de ejemplo, la obligación de realizar en ciertos casos prestaciones no rentables de modo de garantizar el acceso de cualquier habitante a precios razonables.

En síntesis, existen básicamente dos concepciones. Por un lado, el servicio público es la actividad de titularidad estatal, esto es, el Estado decide guardar para sí ciertas actividades con exclusión de los demás, de modo que la gestión por terceros (concesión) es un proceso de transferencia de competencias desde el Estado (concedente) al concesionario.

Por el otro, el servicio público es una actividad desarrollada por las personas en ejercicio de derechos propios y preexistentes, simplemente regulado por el Estado en el marco de un régimen abierto y participativo, y sin perjuicio de los deberes del prestador.

Sin embargo, estos esquemas conceptuales no resuelven el conflicto central porque el núcleo irresuelto sigue siendo históricamente el mismo, esto es, *cuál es el alcance y extensión del poder de regulación estatal respecto de cierto sector y, especialmente, si en ese marco existen poderes implícitos del Poder Ejecutivo y cuáles son éstos.*

Cabe señalar, por último, que se han desarrollado otros conceptos en términos de complemento o sustitución de la idea del servicio público. Así, por ejemplo, entre nosotros se ha distinguido entre el servicio público (servicios esenciales) y el servicio de interés público (servicios menores, tales como los establecimientos destinados al expendio de medicamentos). Sintéticamente, en el primer caso el poder regulatorio estatal es mayor que en el segundo.

Más recientemente en el derecho comparado se han creado los conceptos de servicios de interés general y servicios económicos de interés general, entre otros.

Como puede advertirse el punto a resolver es el fundamento y alcance del poder regulatorio estatal en las actividades prestadoras de servicios. Los caracteres más sobresalientes de ese poder regulatorio son: a) la libertad en la prestación o su restricción, sea por simples autorizaciones estatales o contratos de concesión otorgados por el Estado, b) el poder regulatorio explícito o —además— el reconocimiento de poderes estatales implícitos, y c) las obligaciones específicas del prestador.

De todos modos, no debemos dejar de reconocer que la *idea subyacente, tras los conceptos jurídicos aquí expuestos, es si tales actividades se someten o no a las reglas del mercado.*

V. El concepto de servicio público. Sus elementos más relevantes

El concepto de servicio público debe construirse simplemente —según nuestro criterio— desde las normas jurídicas. Intentemos entonces explicar y justificar el concepto sobre bases más sólidas y ciertas. *¿Cuál son esas bases*? El texto constitucional y su interpretación; así, ya dejamos asentado que el servicio público debe pensarse nuevamente, pero desde el texto constitucional.

Entonces, el servicio puede ser prestado materialmente por el propio Estado o por terceros y esto es indistinto según el criterio del Convencional, de modo que el legislador puede optar por un modelo u otro.

En el contexto normativo actual, es claro que el legislador eligió el camino de la subsidiariedad del Estado, es decir, éste interviene en el ámbito de prestación de los servicios cuando el particular no lo hace. Sin embargo, este modelo comenzó a desdibujarse en los últimos años por medio de los procesos de estatización de ciertos servicios.

Cabe aclarar que el monopolio y el oligopolio son situaciones de excepción en el ordenamiento jurídico y, en particular, en el terreno de los servicios públicos. Es el legislador quien decide si el servicio es prestado o no en condiciones de exclusividad. ¿Por qué este régimen es más complejo y merece un trato jurídico especial? Porque si bien el Estado, por un lado, decide crear el monopolio y consecuentemente darle más derechos a su titular, así por caso el derecho de explotar cierto servicio en términos de exclusividad, por el otro, restringe otros derechos (por ejemplo, el derecho de los otros a ejercer el comercio y —a su vez— el derecho colectivo sobre el libre intercambio de bienes y servicios).

Por ello, en el marco del servicio público prestado en condiciones de monopolio, el poder de regulación estatal es mucho mayor. Es decir, cuando el Estado concede el intercambio de bienes o servicios en condiciones de monopolio, altera el contenido de los derechos de otros. ¿Cuáles son estos derechos? Particularmente el derecho de trabajar y ejercer libremente el comercio, y el derecho de los usuarios y consumidores en el libre intercambio de los servicios. ¿Cómo hace el Estado entonces para recomponer el contenido de los derechos alterados? El Estado debe garantizar los derechos que resulten restringidos a través del monopolio, por medio del precio justo de los servicios objeto de intercambio.

Otro aspecto que el Convencional dejó en las orillas del legislador es definir cuál de los servicios es público, es decir, cuáles son los derechos instrumentales que el Estado decide satisfacer por medio del servicio según las circunstancias del caso con el objeto de hacer más ciertos los derechos fundamentales; en tal caso, el servicio debe ser prestado obligatoriamente.

En efecto, si bien es cierto que ***el servicio público satisface derechos instrumentales,*** tras éstos subyacen derechos fundamentales y, por tanto, una vez reconocidos por el legislador, el prestador del servicio debe brindarlo obligatoriamente por el vínculo que existe entre los derechos fundamentales y los derechos instrumentales.

Por último, cabe recordar que el servicio público satisface derechos instrumentales de contenido económico, consecuentemente, el usuario debe pagar el precio (tarifas) con el objeto de resguardar el derecho de propiedad del prestador. Igualmente, y puesto que subyacen derechos fundamentales, el modelo debe garantizar el acceso de todos mediante, por ejemplo, las tarifas sociales.

En ciertos casos el Estado decide, entonces, reconocer el servicio y garantizar su prestación calificándolo consecuentemente como servicio público con el objeto confeso de satisfacer los derechos instrumentales de las personas y así reforzar los derechos fundamentales.

Intentemos avanzar sobre el concepto del servicio público. Este puede definirse en los siguientes términos:

(A) responsabilidad del Estado por la prestación del servicio,

(B) prestación en condiciones de competitividad y excepcionalmente en situaciones de monopolio u oligopolio,

(C) carácter retributivo del servicio en razón de su contenido económico,

(D) obligatoriedad de las prestaciones, y

(E) reconocimiento del servicio por el legislador.

(A) *La responsabilidad del Estado por la prestación del servicio.* Creemos que no existe titularidad estatal del servicio público. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce mayor poder estatal de regulación en este campo y, particularmente, la obligación del Estado de garantizar el servicio con el objeto de reconocer derechos.

Volvamos sobre el mismo argumento e intentemos reforzarlo. Dijimos que el Estado debe satisfacer el interés colectivo, es decir, los derechos. Tengamos presente también que esos derechos no son simplemente los derechos clásicos de libertad y propiedad (pilares del

Derecho Administrativo en términos históricos) sino también derechos económicos, sociales, culturales y los llamados nuevos derechos. ¿Cómo es posible que el Estado garantice estos derechos? ¿Cuáles son las herramientas que debe utilizar el Estado en ese sentido? El interés público y otros intereses instrumentales de éste constituyen —en el plano teórico y abstracto— el fundamento filosófico político del Estado. Sin embargo, vale recalcar que el interés público y los intereses instrumentales son simplemente el conjunto de los derechos de las personas.

El Derecho Administrativo fue construido históricamente y en términos dogmáticos desde el pilar del poder público y su fundamento casi excluyente, esto es, el interés público. Sin embargo, es necesario repensar y reconstruir el Derecho Administrativo y sus institutos, por ejemplo, el servicio público, desde el cuadrante de los derechos fundamentales. Este debe ser el fundamento del Estado y especialmente de sus intervenciones. Dicho en términos más simples y claros, *el Estado sólo debe actuar con el fin de reconocer y hacer ciertos los derechos.*

Dijimos entonces que el Estado, con el propósito de reconocer y satisfacer derechos, debe realizar conductas negativas —particularmente abstenciones— y, a su vez, otras de contenido positivo, esto es, regulaciones y prestaciones. Es decir, el Estado debe satisfacer derechos mediante prestaciones de alcance negativo y positivo. Sin embargo, hace falta un eslabón más con el objeto de entrelazar este razonamiento. *¿Cuál es ese eslabón?* Las técnicas e instrumentos concretos de intervención estatal, entre ellos, el servicio público. Es decir, el servicio público debe garantizar los derechos de los usuarios mediante prestaciones positivas en condiciones de igualdad y continuidad.

A su vez, la responsabilidad del Estado por la falta de prestación o prestación irregular del servicio es directa cuando éste es prestado por el Estado, e indirecta cuando es llevado a cabo por otros.

En síntesis, ***el servicio es público no por la titularidad estatal sino porque el Estado asume la responsabilidad de su prestación (por sí o terceros) con el fin de satisfacer derechos y, por ello, se le reconoce mayor poder de regulación y ordenación.***

(B) *La prestación en condiciones de competitividad y excepcionalmente en situaciones de monopolio u oligopolio.* El Estado debe garantizar el servicio en cumplimiento del mandato constitucional y legislativo y con fundamento en el reconocimiento de derechos, pero —además— debe hacerlo en términos de libertad y competitividad, es decir, en el marco del ***libre intercambio de los servicios.***

Repasemos. El Estado regula cualquier actividad y no sólo los servicios llamados públicos, sin embargo el poder de regulación es mayor en este escenario que en otros. Pero, ¿por qué? ¿Acaso es así porque existe un título jurídico de intervención estatal llamado servicio público que permite mayor ordenación, regulación, dirección, control e intromisión estatal? Creemos que no y que, en verdad, el fundamento jurídico que permite construir dogmáticamente el concepto del servicio público es el reconocimiento y goce cierto de derechos. En este contexto, el Estado interviene e interviene más.

A su vez, cuando el servicio es prestado en situaciones excepcionales de monopolio u oligopolio, entonces el Estado debe remediar el contenido de los derechos alterados (en particular, el derecho de los usuarios) mediante mayores regulaciones sobre los derechos del concesionario prestador.

La Constitución, como ya hemos visto, establece —entre otros— el derecho de propiedad, el derecho de comerciar y el derecho de intercambiar libremente bienes y servicios en términos enfáticos cuando dice que "las autoridades proveerán... a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...".

Sin embargo, el mercado es cuestionado, entre otras razones, por las tendencias y deslices constitutivos de monopolios, oligopolios y posiciones dominantes y —a su vez— por sus externalidades positivas y negativas. Esto último ocurre cuando las transacciones que se realizan en el mercado recaen en parte sobre terceros que no han participado en el intercambio de bienes o servicios, favoreciéndolos o perjudicándolos.

Otro de los aspectos negativos del mercado es su dificultad o imposibilidad de ofrecer por sí mismo ciertos servicios (servicios sociales), esto es, por ejemplo el servicio de salud. ¿Por qué? Porque el servicio social en tanto permite el acceso de todos, incluso de aquellos que no contribuyen a su sostenimiento, es rechazado por las leyes del mercado.

En este contexto, es obvio que el Estado debe intervenir y suplir fuertemente estos déficits. Pero el Estado no sólo debe regular directamente el mercado y los derechos sino que, muchas veces y con el objeto de resguardar derechos, debe participar en el mercado prestando servicios.

Luego, en ciertos casos y según sus circunstancias, el poder de regular sumado a las prestaciones positivas exige, además, el carácter exclusivo de éstas (monopolios). El principio, como ya dijimos, es el libre intercambio de servicios pero existen excepciones como por

ejemplo el monopolio. En el supuesto de los *monopolios,* el Estado debe prohibirlos o, en su caso, regularlos y controlarlos fuertemente.

En particular, en el marco del monopolio, el Estado debe restringir mucho los derechos del concesionario. Así, el Estado debe regular las obligaciones y el modo de prestación del servicio y reservarse el poder de revocación y rescate de éste y la reversión de los bienes, de modo de garantizar así la prestación del servicio y la recomposición de derechos entre las partes (concesionarios y usuarios). En igual sentido, el Estado puede y debe regular el marco de las tarifas y, particularmente, su valor.

Tratándose de monopolios, las prerrogativas del Estado en el marco de los servicios públicos nacen expresamente o en términos implícitos de los derechos de los usuarios. En tal caso es plausible deducir poderes implícitos pero, insistimos, no desde el poder estatal sino desde los derechos y su reconocimiento. Aquí cobra especial relevancia el rescate del servicio y la reversión de los bienes porque el Estado sólo puede garantizar los derechos y la prestación del servicio (responsabilidad del propio Estado), si le reconocemos el poder de revocar y recobrar el servicio.

C) *El carácter retributivo del servicio en razón de su contenido económico.* El fundamento de ese postulado (pago de un precio justo y razonable) es el contenido económico del derecho de los usuarios.

Este elemento permite distinguirlo claramente, y entre otros conceptos, de los servicios sociales, tales como la educación y la salud que deben ser prestados por el Estado en términos de gratuidad, sin perjuicio del carácter concurrente de su prestación por los particulares.

El usuario del servicio público debe, en principio, pagar el precio de éste salvo casos de excepción (*tarifas sociales*). De modo que es posible decir, en este punto de nuestro análisis, que el servicio social satisface derechos fundamentales de modo directo y debe ser, consecuentemente, gratuito, mientras que los servicios públicos reconocen derechos instrumentales y su carácter es oneroso.

De todos modos cuando el servicio social es prestado por terceros, éste es oneroso y el Estado debe regular el precio, entre otros aspectos.

(D) *La obligatoriedad de las prestaciones.* El servicio público es ***obligatorio*** porque sólo así es posible garantizar los derechos, en especial, los derechos de los usuarios. Este presupuesto tiene un nexo directo con el derecho instrumental de acceso de los usuarios y, más aún, el acceso en condiciones de continuidad e igualdad sin discriminaciones, y de modo razonable.

Es decir, el servicio público debe prestarse obligatoriamente y en condiciones de continuidad e igualdad.

Los aspectos instrumentales en el desarrollo de este principio son los siguientes: (1) el *precio de las tarifas* debe estar regulado por el Estado y ser razonable. En particular en el caso de los monopolios, el Estado debe fijar las tarifas; (2) el *plan de inversiones* debe ser aprobado y supervisado por el Estado. Estos aspectos son necesarios e imprescindibles para prestar el servicio de modo continuo e igualitario.

En síntesis, el servicio cumple con el estándar de obligatoriedad en términos ciertos y reales, siempre que el prestador brinde el servicio eficientemente y el usuario pueda acceder sin discriminaciones y mediante el pago de tarifas justas y razonables.

(E) *El reconocimiento del servicio por el legislador.* Otro aspecto relevante es el reconocimiento del carácter público por parte del legislador. Así, el servicio público no nace de un criterio vago e impreciso, o quizás de un título genérico, sino estrictamente de la ley. El alcance de los servicios como públicos depende de las demandas sociales y las necesidades de seguridad y bienestar que la sociedad considera irrenunciables en un tiempo dado. A su vez, el legislador es quien decide cuáles son servicios públicos y cuáles no.

En otras palabras, el servicio es público si el legislador dice que es así. Entonces, ¿qué ocurre si el servicio reúne en términos normativos los recaudos mencionados en los puntos anteriores, pero no es calificado por el legislador expresamente como servicio público? ¿Cabe, en tal caso, calificarlo igualmente como servicio público? Creemos que sí. Así, *si el legislador describe los elementos que mencionamos en los párrafos anteriores en el propio texto legal de modo expreso o razonablemente implícito, el servicio es, según nuestro criterio, público.*

VI. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO

El ***régimen jurídico del servicio*** es el siguiente: 1- el marco constitucional y 2- el modelo legislativo y, en ese contexto, el poder estatal de ordenación y regulación (*expreso o implícito*) en términos de reconocimiento de los derechos de los usuarios.

Pero, ¿cuáles son estos derechos? y ¿cuál es la relación entre esos derechos y el servicio? Veamos. Los derechos que guardan relación de modo directo y estrecho con el servicio son, como ya dijimos, el derecho de acceder en condiciones razonables e igualitarias, el derecho de proteger sus intereses económicos y el de elegir libremente el servicio. Más puntualmente, en el caso de los monopolios, el Estado debe

recomponer los derechos, en especial los de los usuarios que estén en condiciones menos favorecidas, por medio de fuertes limitaciones sobre el prestador del servicio.

Este entrecruzamiento entre derechos y servicio y, en especial y con mayor énfasis cuando éste es prestado en condiciones de monopolio u oligopolio, nos permite sostener ciertas premisas sobre los ***poderes estatales*** y su alcance en este contexto:

(a) El poder de regulación del Estado comprende básicamente el poder de fijar las reglas sobre el acceso de los usuarios en condiciones de continuidad e igualdad, los términos de prestación del servicio (en especial los estándares sobre calidad), y el precio del servicio. Es decir, el Estado por medio de tales regulaciones debe garantizar los derechos de los usuarios.

(b) El poder de regulación en el marco de los monopolios. El inc. 18 del art. 75, CN, dice que corresponde al Congreso "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Por su parte, el art. 42, CN, establece que "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, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios".

Es decir, el texto constitucional prevé expresamente el carácter excepcional y —además— el control sobre los monopolios. Por eso, en este contexto, el Estado debe regular más y más con el mismo propósito, esto es, garantizar los derechos de los usuarios.

(c) El control sobre los servicios públicos. Este es simplemente el corolario de los puntos anteriores.

(d) El poder estatal de revocar el servicio por razones de incumplimiento contractual o por falta de mérito, oportunidad o conveniencia debiendo indemnizar en este último caso, según el régimen jurídico vigente al prestador (daño emergente y no así el lucro cesante) y, por último,

(e) el poder estatal implícito de rescatar el servicio en el marco de los monopolios (extinguir la concesión y prestar el servicio por sí mismo) y revertir los bienes como instrumentos necesarios para continuar con el servicio, garantizándose así el derecho de los usuarios.

En síntesis, el Estado puede en cualquier caso revocar el servicio. En particular en el escenario de los monopolios debe reconocérsele el poder de rescatarlo y revertir los bienes sin intervención del legislador y sin perjuicio, en su caso, del derecho de reparación a favor del prestador.

Finalmente, cabe aclarar que ***el marco jurídico del servicio público es mixto***, es decir, público y privado. ¿Cuál es, en particular, el vínculo entre el servicio público y el Derecho Público? En general es común sostener que el servicio público debe regirse por el Derecho Público. Sin embargo, ¿qué significa que el servicio público deba regirse por éste? ¿Qué aspectos del servicio están en verdad gobernados por el Derecho Público?

Pensemos el siguiente caso: el servicio público prestado por los particulares. En tales casos, ¿qué normas debemos aplicar? El vínculo entre el prestador y el Estado es de carácter público, mientras que el nexo entre el prestador y el usuario es público/privado. Por su lado, el operador debe ubicar las relaciones entre el prestador y los terceros (es decir, no usuarios) en el campo propio del Derecho Privado.

En conclusión, es cierto que el servicio público debe regirse por el Derecho Público pero con matices.

VII. LOS CARACTERES DEL SERVICIO PÚBLICO

En general se reconocen los siguientes caracteres como propios de los servicios públicos: (a) continuidad, (b) regularidad, (c) generalidad, (d) igualdad, y e) mutabilidad.

El primero de ellos supone que el servicio no puede interrumpirse, sin perjuicio de que su prestación puede revestir carácter continuo o discontinuo, según las modalidades del caso. Por ejemplo, el Estado puede regular más fuertemente el derecho de huelga y, en ciertas circunstancias, prestar el servicio por sí mismo. La ***continuidad*** supone, por tanto, permanencia del servicio y sólo su interrupción en casos debidamente justificados.

Por su lado, la ***regularidad*** establece que el servicio debe prestarse según las reglas vigentes, es decir, de conformidad con el ordenamiento jurídico. En este contexto, cabe mencionar especialmente la calidad del servicio (características de las prestaciones, transparencia

en las facturaciones, información al usuario y medidas de seguridad, entre otras). También es razonable incorporar en el marco normativo compromisos de calidad y evaluaciones periódicas.

Por su parte, el carácter ***general*** exige que todos tengan acceso al servicio y, en tal sentido, el prestador no puede impedirlo o restringirlo.

El significado del rasgo ***igualitario*** es que todos deben acceder y hacerlo en condiciones similares, es decir, en igualdad y sin discriminación. Este aspecto tiene un vínculo directo con el precio del servicio que debe ser razonable y justo, sin perjuicio de que el Estado pueda establecer categorías entre los usuarios sobre bases razonables y no discriminatorias. La igualdad supone también accesibilidad de cualquier usuario, de modo que el precio debe estar al alcance de todos incorporando en su caso tarifas sociales y, si fuese necesario, subsidios con ese propósito. El criterio, en tales supuestos, no es el costo del servicio sino la capacidad económica de los usuarios.

Por último, la ***mutabilidad*** supone que el Estado puede modificar el servicio en términos de calidad y —por tanto— modificar el propio contrato en términos razonables y, en su caso, debiendo indemnizar al concesionario. En tal sentido, las cláusulas de progreso que muchas veces se incorporan en los contratos establecen que el concesionario debe prestar el servicio en las mejores condiciones y según el avance y las innovaciones tecnológicas.

VIII. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA CREAR, REGULAR, EXPLOTAR Y EXTINGUIR EL SERVICIO

La regulación de los servicios es de orden federal siempre que:

1- el Convencional o el legislador hayan establecido expresamente —o en términos implícitos— el carácter federal del servicio (por ejemplo, el correo),

2- el servicio se desarrolle entre jurisdicciones, excediendo el campo propio de las provincias en los términos del inc. 13 del art. 75, CN. De modo que el servicio público entre jurisdicciones es de carácter nacional y, por último,

3- el servicio esté incluido entre los poderes concurrentes del Estado federal y las provincias, tal es el caso de la cláusula del progreso (art. 75, incs. 18 y 19, CN).

Dicho esto cabe analizar entonces, y ya ubicados en el ámbito nacional, cuál de los poderes federales constituidos es competente para crear, regular, ordenar, gestionar y extinguir el servicio público.

Creemos conveniente y tal vez necesario, distinguir entre estas facetas del servicio:

(a) *El acto de creación de éste.* El servicio público debe ser creado por el legislador porque el Estado, en este marco, debe restringir y reconocer derechos.

Este concepto es reforzado por las potestades del Congreso en el campo presupuestario y tributario y, particularmente, su poder de planificación de las políticas públicas.

(b) *El poder de fijar las reglas.* ¿Quién debe regular los servicios públicos? ¿La regulación del servicio es competencia del legislador, el Ejecutivo o —quizás— los entes reguladores? Entendemos que en este punto cabe usar las mismas argumentaciones y conclusiones que en el punto anterior sobre creación del servicio. El legislativo es, entonces, el poder competente para ordenar y regular los servicios públicos.

(c) *El poder de prestar y controlar el servicio.* En este aspecto existe un punto de inflexión toda vez que torcemos el criterio legislativo por el del Ejecutivo.

A su vez, en el marco normativo vigente el órgano competente para controlar los servicios públicos es el ente regulador. Sin embargo, el Poder Ejecutivo reasumió las potestades propias del ente incumpliéndose así de un modo mucho más claro el postulado de que el poder que concede no debe controlar el servicio. Aquí, el Poder Ejecutivo regula, gestiona, concede y controla el servicio por medio del ejercicio de las potestades delegadas por el legislador y a través del dominio de los entes de regulación.

(d) *El poder de extinguir el servicio.* Creemos que este punto es relativamente simple ya que el poder competente en términos de supresión del servicio es el mismo que puede crearlo, es decir, el legislador.

IX. LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

El servicio puede ser prestado (gestión) por el propio Estado, los particulares o mediante esquemas mixtos (Estado/particulares). En este último caso, cabe citar las sociedades de economía mixta y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. A su vez, el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad para optar por un modelo u otro.

Analicemos cuál ha sido el derrotero histórico de la gestión y prestación del servicio público en nuestro país.

IX.1. La gestión estatal y mixta

En un principio, los servicios que comúnmente llamamos *servicios públicos* fueron prestados por empresas privadas en su mayoría de capitales extranjeros. Sin embargo, en la mitad del siglo pasado, durante el primer y segundo gobierno del presidente J. PERÓN, el país inició un proceso de traspaso de las empresas del sector privado prestatarias de servicios públicos al ámbito público y, consecuentemente, el Estado creó distintos regímenes jurídicos, tal es el caso de las empresas del Estado y las sociedades de economía mixta, regidas básicamente por el Derecho Público. Así, el Estado creó históricamente, en el propio sector público, estructuras cuasi empresariales y especializadas por sus funciones. Cierto es también que luego el Estado intentó desplazar al Derecho Público y reemplazarlo por el Derecho Privado, pero casi sin éxito.

El primer antecedente es el decreto-ley 15.349 (*1946*) de creación de las sociedades de economía mixta integradas por el Estado y capitales privados. Posteriormente, la ley 13.653 sobre empresas del Estado (*1949*), dispuso que "las actividades de carácter industrial, comercial o de *explotación de los servicios públicos* de igual naturaleza, que el Estado, por razones de interés público considere necesario desarrollar, podrán llevarse a cabo por medio de entidades que se denominarán genéricamente empresas del Estado".

Cabe recordar que en este primer período (*1946-1949*) el Gobierno nacionalizó, entre otros, los servicios ferroviarios, telefónicos, de gas, electricidad y transporte aéreo.

Posteriormente y en razón de las dificultades de las empresas del Estado para competir en igualdad de condiciones con las empresas del sector privado, el Estado creó otros regímenes jurídicos con el objeto justamente de dar a las figuras estatales un ropaje de mayor flexibilidad mediante la aplicación de las normas propias del Derecho Privado.

Por ello, el Estado creó las sociedades del Estado (ley 20.705) y las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (ley 19.550). Desde *1974* casi todas las empresas del Estado fueron transformadas en sociedades del Estado.

IX.2. Las privatizaciones

En el marco de la gestión del servicio público es posible dibujar a grandes trazos dos modelos. Uno, es la prestación por el propio Estado, por sí solo o con los particulares (mixto), tal como analizamos en el apartado anterior. El otro, es la prestación por terceros.

En este último caso, ¿quién puntualmente debe prestar el servicio? Una solución posible es que el mercado decida quiénes son los prestadores del servicio. Sin embargo, creemos que es el propio Estado el que debe decir quién o quiénes serán los prestadores. ¿Por qué? Por los caracteres del servicio público y, con mayor claridad, cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio.

El Estado debe seleccionar al prestador del servicio por medio de procesos participativos y transparentes que garanticen el derecho de los otros y, en particular, el derecho de los usuarios actuales y potenciales. En general, el instrumento mediante el cual el Estado ejerce ese poder es el contrato de concesión del servicio.

Durante el gobierno del Presidente R. ALFONSÍN (*1983-1989*) se inició un proceso de privatizaciones fuertemente rechazado por la oposición con representación en el Congreso.

Posteriormente, el Presidente C. MENEM impulsó la aprobación de las leyes 23.696 y 23.697 (Reforma del Estado y Privatizaciones). Así, en el transcurso de los años noventa, el Estado traspasó las empresas y sociedades del Estado desde el sector público al sector privado por medio de un proceso de privatizaciones previsto fundamentalmente en la ley 23.696 (1989).

Luego, la ley 24.629 dispuso el traspaso y privatización de los servicios llamados periféricos. En síntesis, las leyes 23.696 (Reforma del Estado) y 23.697 (Emergencia Económica), el decreto 2284/1991 sobre desregulación y la ley 24.629 sobre privatización de los servicios públicos periféricos, constituyen el marco normativo básico sobre la transformación del Estado que reemplazó al modelo del Estado intervencionista por el Estado subsidiario y neoliberal.

Los casos más paradigmáticos de privatizaciones fueron quizás: Aerolíneas Argentinas, ferrocarriles, peajes y Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF). En igual sentido, cabe citar al Correo.

IX.3. El proceso de reestatización

A partir del año 2003 es posible advertir la decisión del Estado de reasumir actividades y servicios. En este contexto, el Estado asumió directamente la gestión de ciertos servicios públicos (ya sea por deficiencias del mercado o por el incumplimiento de los concesionarios) a cuyo efecto creó órganos estatales o sociedades específicas con ese objeto.

Así, hizo uso de las figuras de las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705 y sobre todo del ropaje de las sociedades anónimas en los términos de la ley 19.550 (Ley de Sociedades Comerciales).

Repasemos ciertos casos de estatización de los servicios públicos: Nucleoeléctrica S.A.; Líneas Aéreas Federales S.A. (LAFSA S.A.); Correo Oficial de la República Argentina S.A.; Energía Argentina S.A.; ARSAT S.A., Aguas y Saneamientos Argentinos S.A.; Aerolíneas Argentinas S.A., e Y.P.F. S.A., entre otros.

X. Los marcos de regulación. El control de los servicios públicos privatizados

El proceso de privatizaciones de los años 90 hizo necesario, por un lado, crear un conjunto de principios y reglas de conformidad con el nuevo modelo llamado comúnmente *marco de regulación de los servicios*.

Por el otro, instituciones especializadas con el objeto de regular y controlar los servicios públicos traspasados al sector privado y, en especial, garantizar los derechos de los usuarios. Es así como se crearon *entes reguladores* por cada servicio. Entre ellos, el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica (ENRE), el Ente Regulador del Gas (ENARGAS), el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS) y, por último, el Organismo Regulador de los Servicios Nacionales de los Aeropuertos (ORSNA), entre muchos otros.

Veamos los aspectos más relevantes de los marcos jurídicos.

X.1. El marco de regulación

El marco de regulación comprende, en términos generales, los siguientes aspectos: (a) el carácter de servicio público o interés general de las actividades, (b) los objetivos que persigue el Estado, (c) las reglas generales, (d) los actores del sector, (e) la participación de los terceros, (f) las obligaciones y derechos de los prestatarios, (g) los derechos de los usuarios, (h) el término de los permisos y concesiones, (i) el marco de los bienes, y (j) la extinción de los permisos y concesiones.

Por ejemplo, respecto del *sector eléctrico* (ley 24.065):

(a) el legislador dice que el servicio de transporte y distribución de la electricidad es servicio público, mientras que la generación es simplemente un servicio de interés general;

(b) los objetivos estatales en el sector eléctrico son, entre otros, proteger los derechos de los usuarios; promover la competitividad; promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios; regular las actividades asegurando que las tarifas sean justas y razonables; y alentar la realización de inversiones privadas;

(c) la ley dispone, entre tantas otras reglas, que: "la exportación e importación de energía eléctrica deberán ser previamente autorizadas"; las actividades a privatizar "serán asumidas por cuenta y riesgo del particular adquirente"; y el servicio eléctrico debe ser prestado por particulares siempre que haya sujetos interesados en hacerlo;

(d) la ley prevé que son actores del mercado eléctrico: "los generadores o productores, transportistas, distribuidores y grandes usuarios";

(e) el transporte y la distribución de electricidad debe hacerse por personas jurídicas privadas mediante concesiones otorgadas por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento de selección establecido por la Secretaría de Energía. A su vez, el Estado debe proveer estos servicios si no existen oferentes;

(f) el transportista y el distribuidor *no pueden*, por ejemplo, (1) abandonar total o parcialmente las instalaciones destinadas al servicio, ni dejar de prestar el servicio sin contar con la aprobación del ente, y éste puede exigirles la continuación del servicio por un período no mayor de doce meses desde la finalización de la concesión, (2) ofrecer ventajas o preferencias, salvo disposición del ente en sentido contrario, y (3) realizar actos que impliquen competencia desleal o abuso de una posición dominante. A su vez, el transportista o distribuidor *debe*, por caso, (1) abonar una tasa de inspección y control fijada por el ente regulador, (2) mantener sus instalaciones y equipos en forma que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública, y (3) cumplir con los reglamentos y las resoluciones que dicte el ente. Entre los *derechos* de los transportistas y distribuidores, cabe citar el derecho de servidumbre que prevé la ley 19.552 y el derecho del distribuidor de interrumpir o desconectar el suministro en caso de falta de pago del servicio por los usuarios. A su vez, los transportistas y distribuidores tienen derecho a cobrar las tarifas por el servicio prestado;

(g) los usuarios, por su parte, tienen derecho —por ejemplo—, a recibir el servicio y, particularmente, a que el concesionario responda, en el término de treinta días, las solicitudes de instalación del servicio;

(h) el plazo de concesión de los servicios de transporte y distribución es de noventa y cinco años. Por su parte, los transportistas y distribuidores tienen derecho a solicitar la prórroga de la concesión por el término de diez años o nuevas concesiones. Si el ente decide no

otorgar la prórroga o nuevas concesiones, entonces, debe iniciarse el procedimiento de selección;

(i) la ley establece que "en las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional..., se establecerán especialmente... las condiciones en que se transferirán al Estado o al nuevo concesionario, según corresponda, los bienes afectados a la concesión, en el caso de caducidad, revocación o falencia" y, a su vez, "la afectación de los bienes destinados a las actividades de la concesión y propiedad de los mismos, y en especial el régimen de las instalaciones costeadas por los usuarios" y, finalmente,

(j) en el sector eléctrico, el modelo vigente no prevé de modo expreso el rescate del servicio, ni tampoco la revocación por razones de oportunidad como causales de extinción de los permisos y concesiones.

X.2. Los entes reguladores

Los entes reguladores son, según el texto de las normas de creación respectivas, *entes autárquicos* (sujetos con personalidad jurídica) que actúan en el campo del Derecho Público y Privado. Así, por ejemplo, el ENRE (Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica), según el texto legal, es un ente autárquico con plena capacidad para actuar en los ámbitos del Derecho Público y Privado, y otro tanto ocurre con el ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas).

Los entes fueron creados en ciertos casos por ley, y en otros por decretos del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, el ENRE, el ENARGAS y el ERAS fueron creados por ley y, por su parte, el ORSNA por decreto del Poder Ejecutivo.

Pero, *¿los entes deben ser creados por ley o decreto* y, en particular, qué ocurre tras el proceso constitucional de 1994? Creemos que, en el marco constitucional actual, esto es, las disposiciones que prevén específicamente los arts. 42, 75 (inc. 20), 99 (inc. 7) y 100 (inc. 3), CN, los entes deben ser creados por ley.

A su vez, las normas de creación de los entes reguladores (leyes o decretos) establecen las estructuras internas y, en ese marco, los órganos máximos de gobierno y conducción de éstos. En general, el ente es conducido por un directorio integrado por varios miembros y presidido por uno de ellos en carácter de presidente. Los miembros del directorio son designados y removidos, comúnmente y según el cuadro normativo, por el Poder Ejecutivo y éste es, quizás, el déficit más importante de los entes. Sin embargo, en ciertos casos, el Congreso interviene a través de la Comisión competente en el trámite de

designación y remoción de los miembros del directorio. Por último, el término del mandato de los directores es fijo, sin perjuicio de que pueden ser reelectos.

Cabe agregar que el art. 42, CN, dice que la legislación debe prever "la necesaria participación... de las provincias interesadas, en los organismos de control". Así, por ejemplo, en el sector del gas, la ley prevé la participación de las Provincias a través de las delegaciones regionales, ubicadas en cada área de distribución para tratar la relación entre las empresas distribuidoras y los usuarios.

El sentido de incorporar a los entes reguladores en la estructura estatal es crear, supuestamente y en términos teóricos, *modelos más eficientes*. El ente ejerce un conjunto de poderes sobre el servicio público privatizado y su fundamento es el traspaso de los objetivos y poderes, múltiples y complejos, desde el Ejecutivo con el objeto de residenciarlos en él, dado su carácter autónomo y técnico.

El *régimen jurídico* de los entes es el Derecho Público. Así, por ejemplo, el ente debe seguir la Ley de Procedimientos Administrativos y el régimen de las contrataciones estatales, y encuadrarse —además— en el control externo estatal.

Sin embargo, ciertos aspectos están regidos excepcionalmente por el Derecho Privado cuando es ordenado expresamente por las leyes respectivas. Por ejemplo, el personal debe guiarse por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

Los *recursos* de los entes son, habitualmente: las tasas de inspección y control, el producido de las multas, y los recursos presupuestarios estatales. En particular, en el caso del ENRE debemos sumar: "a) la tasa de inspección y control... b) los subsidios, herencias, legados, donaciones o transferencias bajo cualquier título... c) los demás fondos, bienes o recursos que puedan serle asignados en virtud de las leyes y reglamentaciones... d) el producido de las multas y decomisos, e) los intereses y beneficios resultantes de la gestión de sus propios fondos".

Las *funciones* de los entes consisten en planificar, regular y ejecutar las políticas sobre los servicios públicos por medio de las siguientes *herramientas*: (a) el dictado de reglas complementarias y de detalle, (b) la aplicación y ejecución del marco de regulación, (c) el control de los agentes y las actividades del sistema, (d) la resolución de controversias, y (e) la protección de los usuarios.

Los entes ejercen las *facultades* expresas previstas en el ordenamiento jurídico, e inclusive aquellas otras de orden implícito. Pero,

además, los marcos de regulación nos dicen que el ente es competente para realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y fines. Entonces, el cuadro sobre las competencias del ente, es decir qué puede hacer el ente, es el siguiente: a) las potestades expresas, b) las potestades implícitas y c) las potestades necesarias para el cumplimiento del objeto y fin (especialidad). Sin embargo, creemos que el criterio que sigue el legislador no es correcto porque abre con exceso las puertas del poder estatal y sus competencias.

El marco jurídico dice que los entes deben, por un lado, fijar las políticas de regulación, es decir, en términos materiales *legislar*. Por el otro, cumplir y hacer cumplir el bloque normativo, esto es, el poder de *administrar* y, por último, ejercer potestades materialmente judiciales (*juzgar* y resolver conflictos entre los actores del modelo).

En síntesis, el ente ejerce facultades materialmente legislativas, judiciales y administrativas.

Por ejemplo, cuando el ente dicta reglamentos sobre las condiciones de prestación del servicio, ejerce ***potestades materialmente legislativas*** porque emite normas generales, abstractas y de cumplimiento obligatorio respecto de los actores del modelo y cuyo objeto es reglamentar el servicio.

Cabe aclarar que en verdad los entes no ejercen potestades legislativas, es decir y dicho de modo más claro, el ente no puede legislar. Sin embargo, sí es cierto que el ente dicta normas de alcance general y obligatorio, pero con alcance complementario y de carácter subordinado a las leyes. En este contexto, las facultades materialmente legislativas del ente son, por ejemplo, en el sector eléctrico, el dictado de normas reglamentarias sobre: (1) el procedimiento de audiencias públicas, 2) la seguridad, medición, facturación, uso de medidores, interrupción de conexiones y calidad de los servicios, 3) las bases para el cálculo de las tarifas, 4) las bases y condiciones de selección para otorgar concesiones, y 5) el procedimiento sancionador.

Luego, cuando el ente resuelve controversias entre los agentes del sector, entonces, ejerce ***potestades materialmente jurisdiccionales.***

Cabe recordar que el ente sólo puede ejercer poderes materialmente jurisdiccionales siempre que el juez esté habilitado a revisar tales decisiones sin restricciones. Este es el criterio que la Corte sostuvo desde el caso *Fernández Arias* y más recientemente en el precedente *Angel Estrada*. En este último caso, ya comentado en este Manual, el debate recayó sobre las competencias del ente para resolver

los reclamos de los usuarios por daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio (resarcimiento económico). En otros términos, ¿quién debe resolver este reclamo, el ente o el juez? En este contexto, el Tribunal sostuvo que el ente de regulación es incompetente porque sólo puede ejercer poderes jurisdiccionales cuando el asunto guarde relación directa con las materias específicas, técnicas y propias del servicio. Es decir, el alcance de las competencias jurisdiccionales de los entes reguladores debe ser interpretado con carácter restrictivo.

Finalmente, cuando el ente decide, por ejemplo, otorgar licencias y permisos, ejerce ***funciones materialmente administrativas***. En particular, el ente regulador, en el marco de sus poderes de contenido materialmente administrativo y con fines de hacer cumplir y controlar el cumplimiento del marco regulador, ejerce potestades sancionadoras.

Finalmente, cabe recordar que los entes reguladores son controlados en términos políticos e institucionales por el órgano de control externo del Estado (AGN), el órgano de control interno (SIGEN) y el Defensor del Pueblo. Además, las conductas de los entes son revisadas por el Poder Judicial en el marco de los procesos judiciales.

XI. LAS CONCESIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Hemos dicho que el servicio puede ser prestado por el propio Estado o los particulares. En este último caso, el vínculo entre el Estado concedente y el particular concesionario es el contrato de concesión del servicio público. El servicio debe ser otorgado, entonces, por concesión y particularmente con carácter temporal porque su traslado supone delegación de potestades estatales y, más aún, en el caso de los servicios prestados en condiciones de monopolio.

En este apartado proponemos analizar, *por un lado*, ese contrato y, *por el otro*, el vínculo entre el particular concesionario y los usuarios.

La concesión es, entonces, el contrato que tiene por objeto transferir la gestión del servicio público a manos de los particulares (trátese de personas físicas o jurídicas). El núcleo del acuerdo consiste en que el concesionario asume la obligación de prestar el servicio en determinadas condiciones y, al mismo tiempo, adquiere, entre otros, el derecho de cobrar el precio por el servicio a su cargo.

En definitiva, ***la concesión es básicamente un contrato, sin perjuicio de que ciertos elementos de ese vínculo estén alcanzados direc-***

tamente por disposiciones reglamentarias y legales. Es decir, el nexo es contractual y reglamentario. ¿Por qué el componente reglamentario irrumpe de este modo en el marco del contrato de concesión de los servicios? ¿Es razonable que sea así? Hemos dicho que el Estado debe garantizar derechos y, consecuentemente, prestar servicios por sí o por terceros. En este contexto el Estado tiene herramientas, entre ellas, el poder de reglamentar el servicio, incluso ese poder es mayor, como ya sabemos, cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio.

En particular, el contrato no puede interpretarse como una separata entre las condiciones reglamentarias y contractuales sino que, según nuestro criterio, debe verse como un acto único, complejo, sistemático y coherente; esto es, un bloque integrado por normas constitucionales, legales, reglamentarias y convencionales. Pero, ¿acaso las normas contractuales pueden prevalecer sobre las otras? Entendemos que no es posible subvertir el marco jurídico por el acuerdo entre las partes, sin perjuicio de que sí es plausible rellenar convencionalmente los intersticios.

Por su parte, la Corte dijo, por ejemplo, que el concesionario no puede fijar libremente las condiciones del servicio o, en su caso, modificarlas por acuerdos con los usuarios.

Es más, *en caso de dudas sobre cuál es el alcance de los derechos de los concesionarios, éstos deben interpretarse con carácter restrictivo.* Sin embargo, el Tribunal reconoció, por otro lado, que los derechos del concesionario están incorporados en su derecho de propiedad y que el Estado "cuando contrata, no puede invocar su soberanía para justificar un acto subsiguiente tendiente a alterar las obligaciones nacidas del acto jurídico realizado" (*Ferrocarril del Sud*).

Creemos que del análisis de estos antecedentes, entre tantos otros, es posible sostener que el criterio de la Corte es que *el vínculo entre el Estado y el concesionario es mixto.*

A su vez, el marco jurídico del servicio público otorgado en concesión debe prever especialmente las siguientes reglas: (a) el principio de transparencia en la gestión del servicio, (b) el reconocimiento de los derechos de los usuarios actuales y futuros por medio de tarifas justas y razonables, (c) el principio de solidaridad social (por caso, las tarifas sociales), y d) la libre competencia en el intercambio de los servicios, salvo el caso de monopolio.

En cuanto al régimen jurídico específico del contrato de concesión de los servicios públicos, debe señalarse que está regido por el decreto delegado 1023/2001 (contrataciones del Estado).

¿Quién debe otorgar las concesiones? Creemos que el Poder Legislativo es quien debe hacerlo según el mandato constitucional. En verdad el legislador debe estatizar, privatizar, contratar y renegociar los contratos de los servicios públicos. Sin embargo, el Congreso delegó esas potestades en el Poder Ejecutivo. A su vez, los marcos reguladores reconocen en los entes ciertas facultades en este aspecto. Por caso: (a) determinar las bases para otorgar las licencias, (b) intervenir en el proceso de elaboración de las bases y condiciones de selección, (c) intervenir en el proceso de adjudicación y modificación, renegociación, prórroga o rescisión de los contratos, y (d) asesorar al Poder Ejecutivo.

El *procedimiento de selección del concesionario* es el trámite de licitación pública y, a su vez, el contrato debe adjudicarse al que hubiese hecho el ofrecimiento más conveniente, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta.

¿Cuáles son las *obligaciones y derechos* básicos *del concesionario*?

Por un lado, ***el concesionario debe***: a) prestar el servicio de modo continuo y regular, garantizando el acceso general e igualitario de los usuarios, b) ejecutar el contrato por sí, y c) cumplir las prestaciones en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor —ambos de carácter natural—, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato.

Por otro lado, los ***derechos*** del concesionario son, entre otros, el de obtener un beneficio económico razonable, sin perjuicio de que el riesgo empresario deba ser asumido por él y, en ciertos casos, el derecho de recomponer y rescindir el contrato.

¿Cuáles son las ***obligaciones y poderes básicos del concedente*** (Estado)? Entre los derechos cabe mencionar: (a) regular el servicio y modificar el contrato de conformidad con el marco normativo, (b) aprobar las tarifas, (c) controlar la prestación del servicio por sí o por medio de los entes reguladores (en este contexto, el Estado puede aplicar sanciones y, en su caso, rescindir el contrato por incumplimientos del concesionario), (d) revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y, finalmente, (e) en caso de monopolio, rescatar anticipadamente el servicio y revertir los bienes.

En los términos del *decreto 1023/2001*, la autoridad administrativa puede, más allá de las facultades y obligaciones establecidas en la legislación, reglamentos y pliegos: (1) interpretar el contrato, modificarlo por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar sus efectos; (2) incrementar o disminuir el monto total del contrato hasta en un veinte por ciento; (3) dirigir el contrato y controlar e inspeccionar su cumplimiento, (4) imponer

penalidades, (5) ejecutar directamente el contrato cuando el contratante no cumpliese sus obligaciones en plazos razonables, pudiendo incluso disponer de los bienes y medios del contratante incumplidor y, por último, (6) prorrogar el contrato.

El contrato puede ser modificado en el trámite de ejecución en los siguientes casos o circunstancias: (a) por decisión del propio Estado y de modo unilateral, esto es, en ejercicio del *ius variandi*, (b) por el *hecho del príncipe*, es decir, por medidas estatales que no tienen por objeto modificar el contrato, pero que inciden sobre él. En tal caso, el contratista tiene derecho a ser reparado, (c) por hechos imprevistos e imprevisibles (*teoría de la imprevisión*), es decir, cuando existe un hecho de orden económico y no previsible que sobreviene y es ajeno a la voluntad del contratista. Este hecho quiebra la ecuación económico financiera del contrato y el contratista debe —en principio— continuar con la ejecución del acuerdo y, por último, (d) la *revisión de precios* por variación de costos (en tal caso, no es necesario un hecho extraordinario o imprevisible y, además, el mayor precio no debe ser necesariamente excesivo).

Por último, la *extinción* tiene lugar por: 1- *vencimiento del plazo de concesión o cumplimiento del objeto*, 2- *revocación por razones de ilegitimidad* del contrato, en cuyo caso el concesionario no tiene derecho a ser reparado, 3- *revocación por razones de oportunidad*, es decir, el Estado extingue el vínculo anticipadamente y debe por tanto indemnizar al concesionario, 4- *rescisión*, esto es, cuando el concesionario no cumple con sus obligaciones, 5- *rescisión por incumplimiento del Estado* de sus obligaciones contractuales y, finalmente, 6- *resolución del vínculo de común acuerdo* entre las partes.

En este estado de nuestro análisis y antes de concluir este apartado, es necesario distinguir el vínculo entre, *por un lado*, el concedente y el concesionario (ya estudiado en los párrafos anteriores) y, *por el otro*, el concesionario y los usuarios. En el marco de este último vínculo y respecto de su contenido (nexo entre concesionario y usuario) es posible ensayar distintas ideas, a saber, carácter: 1- contractual privado, 2- contractual público, 3- reglamentario (derecho público) y, por último, 4- mixto. En particular, en ciertos marcos de regulación, tal es el caso del servicio de electricidad, el vínculo entre el concesionario y el usuario es claramente contractual.

XII. Las tarifas de los servicios. Las tarifas sociales

En términos conceptuales, la *tarifa* es el precio que debe pagar el usuario por el servicio prestado. Uno de los aspectos más controversial es el carácter contractual o reglamentario de las tarifas y su consecuente jurídico más relevante, esto es, si las tarifas pueden fijarse o modificarse por el propio Estado, sin acuerdo entre las partes.

Ciertos autores entienden que las tarifas revisten carácter mixto, es decir, reglamentario y contractual. Este criterio es razonable pero creemos que las tarifas y su fijación, más claramente cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio, revisten carácter reglamentario y no contractual.

El precio del servicio es, entonces, el valor regulado por el Estado y no simplemente el valor de mercado, y más cuando el servicio es prestado en condiciones de monopolio, en cuyo contexto no existe mercado ni libre intercambio de servicios.

Es decir, *las tarifas deben ser fijadas por el Estado*. En este sentido, la Corte dijo que "si se explota alguna concesión, privilegio o monopolio concedido para la explotación de servicios públicos que importe un monopolio, aun cuando sólo sea virtual, como es el caso de los ferrocarriles, lleva implícita la condición de que sus precios o tarifas están sometidos al contralor de la autoridad administrativa". De todos modos, no es posible dejar de advertir que el carácter claramente reglamentario de las tarifas tiene efectos sobre el contrato de concesión del servicio.

El Estado puede modificar las tarifas y, en ciertos casos y en términos consecuentes, el concesionario debe reducir sus beneficios. *¿Cuál es el límite*? ¿Hasta dónde puede llegar el Estado? Creemos que en supuestos excepcionales el Estado puede avanzar más y más, pero en ningún caso avasallar el capital invertido por el prestador.

Sin embargo, la Corte en el caso *Maruba* (1998) dijo que "aun cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso de que los nuevos precios alteren la ecuación económico-financiera de la concesión. En el caso, para la determinación de las tarifas, la autoridad de aplicación estaba obligada a asegurar que el concesionario obtuviera una "razonable rentabilidad" por la explotación del servicio (conforme art. 5º de la ley 21.892), pauta que atenuaba sensiblemente el riesgo empresario...".

¿Cuál es el contenido de las tarifas? Estas comprenden los costos, impuestos, amortización de activos y rentabilidad.

¿Cómo deben ser las tarifas? Deben ser justas, razonables y accesibles, y esto constituye un aspecto reglamentario y no contractual. Es decir, las tarifas deben respetar los caracteres de proporcionalidad en

los términos del art. 28, CN, igualdad (art. 16, CN) e irretroactividad (art. 17, CN).

La Corte sentó su criterio sobre el régimen de las tarifas, entre otros, en los precedentes *Gómez, Yantorno, Ventafrida, Banco Nación c. Municipalidad de San Rafael, Cía. de Tranvías, Prodelco, Maruba* (1998), *Fernández, Raúl* (1999), *Provincia de Entre Ríos* (2000) y *Central Término Güemes* (2006).

En particular, en el caso *Maruba* el Tribunal sostuvo que "resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación, y, por otra parte, afectaría el principio de igualdad en la licitación, ya que los demás oferentes, al momento de presentarse en aquélla, tuvieron en cuenta las pautas de posible modificación tarifaria posterior, y sobre esas condiciones efectuaron sus propuestas" y que, en especial, esos poderes estatales "no se ejercen en forma discrecional, sino sujetas a la demostración objetiva del fundamento de las modificaciones que se efectúen". Es decir, según los jueces, el Estado puede modificar las tarifas sin perjuicio de que la tasa de retorno del empresario debe ser, en cualquier caso, razonable.

En el precedente *Fernández* la Corte analizó nuevamente el poder estatal de fijar las tarifas de los servicios públicos, en particular sobre el servicio del transporte de subterráneos. En este contexto y con citas del caso *Maruba,* dijo que "en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios, las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme a lo que disponen la ley o el contrato, atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario". Aquí, los jueces reconocieron en términos claros y expresos que el poder administrador ejerce la potestad de fijar las tarifas.

A su vez, en el caso *Provincia de Entre Ríos c. Estado Nacional* el Tribunal sostuvo que "el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en ejercicio de su poder jurisdiccional, no los faculta para sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad, y mucho menos ciertamente en la fijación o aprobación de las tarifas por la prestación del servicio".

Finalmente, cabe mencionar el fallo dictado por la Corte en los autos *"Central Térmica Güemes".* Para la mayoría del Tribunal, "... la

ley 25.790, prorrogada por la ley 25.792, establece que las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional en los procesos de renegociación no se hallarán condicionadas o limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los respectivos contratos de concesión. Es decir, dada la profunda transformación de la realidad económica vigente que tuvo lugar con posterioridad a la sanción de la ley 25.561, la redeterminación de las tarifas... no está ceñida con exclusividad al examen de los costos, inversiones, y restricciones futuras, sino que permite considerar la razonabilidad de las tarifas fijadas en el período inmediato precedente...".

Es posible concluir que, según el criterio del Tribunal, el Poder Ejecutivo puede fijar y modificar el cuadro de las tarifas (subas y bajas) y, a su vez, el Poder Judicial debe controlar su legitimidad.

Justamente el aspecto más conflictivo en los últimos años respecto de los servicios públicos privatizados en nuestro país es, quizás, el de las tarifas. Ya hemos dicho que el usuario debe pagar el precio como contraprestación del servicio, pero ese precio debe ser justo, razonable y accesible.

¿Cuál es el criterio para la fijación de las tarifas de los servicios públicos? Básicamente, existen dos modos de regular las tarifas. Asimismo, cabe aclarar que en la práctica estos dos sistemas de regulación presentan variantes y matices.

Por un lado, el sistema denominado ***tasa de retorno*** (*rate of return o cost plus*) consiste en que el Estado (es decir, el ente regulador) apruebe cada cierto tiempo tarifas que permitan cubrir todos los costos que razonablemente tiene la empresa, incluyendo la retribución por el capital invertido.

Este modelo tiene por objeto establecer un límite razonable de ganancias que se deben calcular multiplicando una tasa (llamada justamente tasa de retorno) por el capital invertido. Sin embargo, el mayor obstáculo de este modelo en términos teóricos es cómo fijar el valor del capital invertido y la tasa de retorno. A su vez, en tanto la utilidad se fija como un porcentaje máximo del capital invertido, el sistema no incentiva la gestión eficiente del servicio, e incluso el prestador puede aumentar desmedidamente la inversión en activos fijos pues, al aumentar la base sobre la cual se aplica la tasa de retorno, incrementa consecuentemente las ganancias.

El otro sistema que se denomina ***precio tope*** (*Price cap*) se originó en el Reino Unido, con la privatización de *British Telecom* en el año 1984, como consecuencia de las críticas al sistema de la tasa de retorno, y es el que seguimos básicamente en nuestro país. Este modelo

se apoya en los incentivos (productividad) más que en los costos del servicio y prevé niveles máximos de precios fijos durante un determinado período que se incrementan luego, en razón de la inflación, mediante un factor basado en el índice de precios minoristas. El prestatario no puede aumentar las tarifas por sobre el índice de actualización. Es decir, el valor de las tarifas no puede —en ningún caso— exceder el valor máximo permitido según los estándares señalados. ¿Cómo es posible obtener, entonces, mayores ganancias? En principio, por medio de las disminución de los costos del servicio. En otras palabras, si la empresa quiere ganar más no puede aumentar las tarifas sino que debe disminuir sus costos. De todos modos, cuando se reajustan las tarifas —en general tras cinco años—, esos beneficios deben trasladarse a favor de los usuarios por medio del cálculo de las futuras tarifas, es decir, el cuadro tarifario de los próximos cinco años. Cabe destacar que la ineficiencia del prestador disminuye sus ganancias de modo que, a diferencia del sistema de la tasa de retorno, la sobreinversión recae sobre la empresa y no sobre el usuario.

El interrogante obviamente en el marco de este último modelo es si la disminución de los costos es necesariamente por mayor productividad o si, por el contrario, es posible alcanzar menores costos con menos productividad e inversiones. *Este es un claro déficit del modelo.* Por eso, en ciertos casos, además del factor de eficiencia ya mencionado debe incorporarse otro factor que represente la inversión del prestador en el servicio. Otro déficit es que la fijación de las tarifas máximas —en razón de los factores de eficiencia en la prestación del servicio—, sólo puede hacerse cada cinco años y, en este contexto, las ventajas económicas son trasladadas a los usuarios sólo luego de transcurrido ese plazo (es decir, en el momento del cálculo del nuevo factor de eficiencia).

¿Quién fija las tarifas? En principio, y según los marcos regulatorios, el ente es quien debe fijar las tarifas de acuerdo con el marco jurídico vigente, es decir, de conformidad con las reglas que previó el legislador y el Ejecutivo. Sin embargo, a partir de la emergencia del año 2002, el Poder Ejecutivo es el poder competente, despojándose a los entes de ese poder.

¿Puede el juez controlar la fijación de las tarifas de los servicios públicos? Creemos que sí porque el acto de aprobación de las tarifas es de contenido jurídico y, consecuentemente, debe sujetarse al ordenamiento jurídico y ser controlado por el juez. Este no puede deferir ese control en el ente de regulación del servicio.

¿Cuál es el límite del control judicial? Como ya hemos dicho, el juez debe controlar sin límites, y sólo respetar el meollo de las decisiones estatales discrecionales.

Por último, cabe mencionar el régimen de las *tarifas sociales.* Hemos dicho que los servicios públicos son de carácter oneroso porque satisfacen derechos instrumentales, y por eso justamente los usuarios deben pagar un precio. Sin embargo, este principio no es absoluto sino que es necesario matizarlo con los derechos de los usuarios actuales y potenciales, con el objeto de garantizar así el acceso igualitario en términos ciertos y reales.

En este sentido, los marcos regulatorios prevén que las tarifas deben ser justas y razonables. Pero, sin perjuicio de ello, debemos incluir el concepto de las tarifas sociales. Estas están apoyadas en los derechos de los usuarios, el acceso igualitario al servicio y el principio de solidaridad social.

XIII. LA RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Luego de la caída del gobierno del presidente F. DE LA RÚA, y tras un breve interregno, el Congreso designó como presidente al senador E. DUHALDE. Una de las primeras medidas fue el envío al Congreso de un proyecto de ley sobre emergencia que fue aprobado por las Cámaras y luego prorrogado sucesivamente.

Esta ley delegó en el Poder Ejecutivo la fijación del tipo de cambio entre el peso argentino y las monedas extranjeras, modificándose así la Ley de Convertibilidad que había establecido la paridad en términos igualitarios entre el peso y el dólar estadounidense.

En este contexto, el inconveniente que se planteó fue que las tarifas de los servicios públicos estaban atadas al dólar estadounidense, por eso, la ley dejó sin efecto estas cláusulas y se inició un proceso de renegociación de los contratos.

El legislador, en el marco de la Ley de Emergencia (ley 25.561), autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública, bajo normas de Derecho Público, que contuvieran cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras, o cláusulas de actualización basadas en índices de precios de otros países. En particular, en el caso de *los contratos que tuvieran por objeto la prestación de servicios públicos,* el Ejecutivo debe tomar en cuenta, en el proceso de renegociación, los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos, 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión cuando ellos estuviesen previstos contractualmente, 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios,

4) la seguridad de los sistemas comprendidos y, por último, 5) la rentabilidad de las empresas.

Posteriormente, en octubre de 2003, el Congreso sancionó la ley 25.790 —vigente por sucesivas prórrogas— que dispuso, en los aspectos que aquí nos interesan, lo siguiente:

1) extendió el plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de servicios públicos,

2) tal negociación no está limitada o condicionada por los marcos de regulación,

3) los acuerdos de negociación podrán abarcar elementos parciales de los contratos de concesión o licencia, contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias del contrato, incluir la posibilidad de revisiones periódicas pautadas, y establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios.

Otro de los aspectos controvertidos de la ley 25.790 —que creemos inconstitucional— es que el silencio del legislador (transcurrido el plazo de sesenta días) respecto de las propuestas de renegociación contractual, remitidas por el Poder Ejecutivo a la Comisión Bicameral de Seguimiento del Congreso, debe interpretarse como aprobación del acuerdo.

Luego, el decreto 311/2003 creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN), en el ámbito del Poder Ejecutivo, con el objeto de continuar con el proceso de renegociación de los contratos. Estos acuerdos deben ser elevados al Congreso. Por ejemplo, en este contexto, el gobierno negoció los contratos con las empresas Gas Natural Ban, Gasnor, Edesur, Edenor, Ferroexpreso Pampeano y Ferrosur Roca. En algunos casos, se arribó a acuerdos de transición y, en otros, concluyó con la rescisión de las concesiones. Tales son los casos del Correo Argentino, Transportes Metropolitanos Gral. San Martín, Aguas Argentinas, Transportes Metropolitanos Gral. Roca y Transportes Metropolitanos Belgrano Sur.

XIV. La situación del usuario. Sus derechos

El vínculo contractual entre el usuario y el concesionario es básicamente de Derecho Privado, con notas propias del Derecho Público de contenido legal y reglamentario. Este último aspecto excluye el concepto de libre voluntad entre las partes, es decir, su subjetividad.

En particular, el *derecho* básico que asiste al usuario es el de *acceso al servicio en términos razonables, igualitarios y continuos*. El usuario tiene un derecho subjetivo, según las modalidades o matices del caso, incluso antes de su admisión por el prestatario del servicio. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

De todos modos el criterio igualitario no impide que se establezcan ciertas condiciones de acceso razonables y no discriminatorias. Es más, en los casos en que el acceso al servicio no es indiscriminado sino que tiene un número cerrado de usuarios, el proceso de selección debe hacerse por medio de procedimientos objetivos y transparentes.

Es cierto que los usuarios tienen ***obligaciones***, por caso y entre otras, el cumplimiento de las reglas del servicio, el respeto por la buena marcha de éste y el pago de las tarifas.

En particular, el art. 42, CN, reconoce los siguientes derechos de los usuarios: a) protección de su salud, seguridad e intereses económicos, b) información adecuada y veraz, c) libertad de elección, y d) condiciones de trato equitativo y digno. Cabe agregar que el Estado con el propósito de proteger esos derechos —y según el propio marco constitucional—, debe proveer a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia, al control de los monopolios, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la conformación de asociaciones. Por último, la Constitución también reconoce el derecho colectivo de los usuarios a participar en los organismos de control.

Respecto de las leyes de protección de los derechos de los usuarios, además de los marcos reguladores, cabe mencionar a las siguientes:

1- La ley 22.802 de Lealtad Comercial (*1983*) establece básicamente las reglas sobre: identificación de servicios (obligaciones y prohibiciones), publicidad y promociones. El resto de la ley, en trazos generales, define cuál es la Autoridad de Aplicación y el régimen sancionador en caso de incumplimiento de sus mandatos.

2- La ley 24.240 de Defensa del Consumidor (*1993*) regula los derechos de los usuarios y consumidores. Cabe agregar que esta ley fue modificada por la ley 26.361. El consumidor o usuario es, según dice la ley, "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

En especial, el texto normativo describe cuáles son los mandatos que deben cumplir los prestadores de servicios y cuyo incumpli-

miento constituye infracciones que son pasibles de sanciones administrativas. En efecto, el legislador establece las reglas de protección y defensa de los usuarios, entre ellas: el deber de información de los prestadores; las condiciones de la oferta y venta; la prestación de los servicios; los servicios públicos domiciliarios; los términos abusivos y las cláusulas ineficaces. Luego, la ley dice cuáles son las sanciones a aplicar, la Autoridad de Aplicación y el procedimiento a seguir.

3- La ley 25.156 de Defensa de la competencia (*1999*), contiene capítulos sobre los acuerdos y las prácticas prohibidas; la posición dominante; y las concentraciones y fusiones. Luego, claro, los capítulos sobre la Autoridad de Aplicación, el procedimiento y, por último, las sanciones.

La primera cuestión es ***cómo debemos interpretar este bloque legislativo complejo y yuxtapuesto.*** Veamos.

La Ley de Defensa del Consumidor (*ley 24.240*) dice que "las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas..., en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial". Así, la Ley de Lealtad Comercial en conjunción con las leyes de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor, constituye un sistema protector común. De tal modo, las tres leyes deben interpretarse en forma conjunta y armónica a los efectos de cumplir con una finalidad común, esto es, defender y proteger los derechos de los consumidores y usuarios.

Otro estándar básico en materia de interpretación de este bloque normativo es el principio según el cual —en caso de dudas— debe estarse por el criterio más favorable a los intereses del usuario y consumidor.

La segunda cuestión, ya descripto el bloque legislativo sobre defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, es centrarnos específicamente en el análisis de ***los servicios públicos domiciliarios*** en los términos de la Ley de Defensa del Usuario y Consumidor (*ley 24.240*). Es decir, ¿cómo debemos integrar el marco regulador del servicio de que se trate y la Ley de Defensa del Consumidor?

La ley resuelve este conflicto en los siguientes términos: "las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley (ley 24.240) y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica".

A su vez, la ley dispone —con alcance puntual— que "los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea

controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley". Ese mismo precepto dice luego que "en caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor".

XV. LA PARTICIPACIÓN EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El control de los servicios comprende, por un lado, la intervención de ciertos organismos estatales (tal es el caso de los entes reguladores, el Defensor del Pueblo, la AGN y el Tribunal de Defensa de la Competencia) y, por el otro, el control directo de los usuarios.

Sin embargo, el capítulo de participación de los usuarios en el marco de los servicios públicos no debe limitarse simplemente al campo del control, sino que debe expandirse sobre otros aspectos, particularmente sobre el ámbito de las decisiones.

En este contexto, no es razonable soslayar la desigualdad existente entre las empresas prestatarias de servicios y los usuarios. Por ello, el desafío consiste en crear mecanismos alternativos de participación que garanticen debidamente el equilibrio entre las partes.

¿Cuál es el fundamento de la participación? Además de las razones que explicamos en los párrafos anteriores, el derecho de los usuarios que encuentra sustento, *por un lado*, en los tratados internacionales incorporados en el texto constitucional y, *por el otro*, en el art. 42, CN.

Veamos en particular las distintas técnicas de participación en relación con los entes reguladores.

(A) La participación de los interesados en el ***proceso de elaboración de las normas*** que está prevista en los marcos reguladores y en el decreto 1172/2003 (anexo V). Comúnmente el trámite de participación consiste en la posibilidad de presentar observaciones por escrito en un plazo determinado, antes de la aprobación de la resolución estatal. Tales observaciones no tienen alcance vinculante.

(B) Las ***audiencias públicas*** están reguladas expresamente en los marcos de los servicios privatizados y en el decreto 1172/2003. Por ejemplo, en los sectores del gas, electricidad, agua, aeropuertos y telecomunicaciones. En particular, el decreto 1172/2003 dice que el régimen de las audiencias públicas debe aplicarse en el marco de los entes reguladores. El objeto de las audiencias es el debate de un proyecto de resolución de alcance general o particular. Las opiniones e ideas expuestas en el trámite de las audiencias no son vinculantes, sin perjuicio de que deban ser consideradas por el órgano competente.

En particular, el anexo VIII del decreto 1172/2003 establece que las ***reuniones abiertas de los entes reguladores*** constituyen una instancia de participación en la cual el órgano de dirección habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que observe el proceso de toma de decisiones.

(C) Por último, las técnicas de participación de los representantes de los usuarios en los ***órganos de gobierno y asesoramiento*** de los entes reguladores. Cabe recordar que el art. 42, CN, dice que "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... en los organismos de control".

≈≈

CAPÍTULO 14

LA ACTIVIDAD DE FOMENTO

I. LAS ACTIVIDADES DE FOMENTO. SU DELIMITACIÓN. LA MULTIPLICIDAD DE TÉCNICAS Y REGÍMENES

En el siglo XX el Estado comenzó a desarrollar actividades de estímulo con el objeto de producir bienes y servicios; sostener sectores económicos estratégicos o socialmente relevantes; y desarrollar actividades sociales y culturales.

El ***marco constitucional*** de la actividad de fomento es el siguiente: *por un lado*, el art. 75, en su inc. 18, CN, establece que el Congreso debe "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración,... promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables... la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Por el otro, el primer párrafo del inc. 19 de ese mismo precepto dispone que el Congreso también debe "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 formación profesional de los trabajadores... a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento".

En síntesis, la Constitución prevé el dictado de leyes que tienen por objeto el desarrollo y bienestar y, a su vez, contempla como aspectos más específicos, entre otros, la promoción de la industria y el estímulo del desarrollo científico y tecnológico. A su vez, el Convencional condicionó el reconocimiento de privilegios y recompensas de estímulo al cumplimiento o satisfacción del interés público.

Los ***medios de fomento*** consisten básicamente en *prestaciones económicas estatales materiales, impositivas y financieras* con el propósito de estimular e incentivar ciertas actividades consideradas de

herentes a él. En sentido opuesto, las impugnaciones indirectas de los reglamentos tienen lugar cuando los interesados cuestionan el acto aplicativo —acto singular— con sustento en las irregularidades de aquéllos, es decir, el planteo se hace por medio de los actos particulares que aplican el reglamento supuestamente inválido.

A su vez, en un segundo escalón de nuestro análisis debemos distinguir según se trate de las revocaciones en sede administrativa, o bien las declaraciones judiciales de nulidad.

Entonces, el cuadro a analizar es el siguiente:

1. impugnaciones indirectas y revocaciones en sede administrativa,
2. impugnaciones directas y revocaciones en sede administrativa,
3. impugnaciones indirectas y declaraciones judiciales de nulidad, y
4. impugnaciones directas y declaraciones judiciales de nulidad.

Veamos cuáles son los efectos en cada caso, sin dejar de pensar que en este contexto es necesario componer varios principios, entre ellos, los de división de poderes, legalidad, inderogabilidad singular de los reglamentos e igualdad.

En los dos primeros, es decir los casos (1) y (2), los efectos extintivos son absolutos. Así, la resolución dictada, por pedido de parte o bien de oficio por el Ejecutivo, trae consigo la extinción del acto con efectos absolutos porque éste tiene la obligación —en caso de ilegitimidad del acto cuestionado— de modificarlo, sustituirlo o revocarlo. Es decir, el Ejecutivo debe respetar el principio de legalidad sin cortapisas.

En el siguiente supuesto que planteamos (3), sus efectos deben ser relativos (sólo entre partes). Por último, en el caso del cuestionamiento directo de un reglamento por ante el juez y declaración de invalidez por éste (4), el decisorio debe tener efectos absolutos. Sin embargo, cuando el fallo judicial crease o mantuviese un estado desventajoso respecto de quienes no fueron parte en el proceso judicial, sus efectos no pueden desconocer el derecho de los terceros nacidos bajo ese reglamento.

CAPÍTULO 16

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I. INTRODUCCIÓN

Así como en el Derecho Privado existen actos jurídicos y contratos privados, en el ámbito del Derecho Público encontramos actos jurídicos —llamados actos administrativos— y contratos celebrados por el Estado cuando éste es parte en el intercambio de bienes y servicios.

El ordenamiento jurídico creó y reguló los contratos propios del Derecho Privado, tal es el caso del Código Civil. Este Código incorporó en el Libro Segundo sobre "Los derechos personales en las relaciones civiles", la Sección Tercera "Las obligaciones que nacen de los *contratos*". El Título I de esta Sección reúne las disposiciones generales y comunes de los contratos y los otros Títulos, los *contratos en particular.*

El art. 1137 del Código dice que "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos" y, por su parte, el art. 1197 del mismo cuerpo normativo agrega que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

Sin embargo, es difícil ubicar los contratos celebrados por el Estado en el marco que prevé el Código Civil, de modo que el derecho creó un molde especial, esto es, los *contratos administrativos*. Estos acuerdos tienen caracteres propios y distintos de los contratos del Derecho Privado básicamente por su régimen exorbitante.

¿Por qué el régimen es exorbitante? Si comparamos entre los contratos del Derecho Privado por un lado, y los del Derecho Público por el otro, advertimos que estos últimos contienen cláusulas que en el marco de un contrato privado resultan —según el criterio doctrinario mayoritario— inusuales o inválidas.

En un principio, históricamente, las notas distintivas y típicas del contrato administrativo eran fundamentalmente las siguientes: a) el

Estado podía modificar unilateralmente el convenio y, a su vez, b) el contrato público podía afectar a terceros. Luego este esquema fue evolucionando y esas excepciones se multiplicaron y desarrollaron con otros contornos.

Actualmente las cláusulas propias y distintivas (exorbitantes) de los contratos públicos son, entre otras:

a) la interpretación unilateral. Así, es el Estado quien decide cómo interpretar el contrato y hace valer su criterio;

b) la modificación unilateral del contrato por el Estado;

c) la dirección del contrato por el Estado en el trámite de ejecución del acuerdo;

d) la aplicación de sanciones por el Estado sobre el contratista por sus incumplimientos, y

e) la revocación unilateral por razones de interés público y sin intervención judicial.

Continuemos con el hilo argumental anterior. ¿Es posible, entonces, incluir estas cláusulas en un contrato del Derecho Privado? En principio no. Por su parte, el contrato estatal que contiene esas disposiciones es, sin dudas, válido.

Sin embargo es necesario *matizar este cuadro jurídico* por las siguientes razones.

1) Por un lado, ciertas cláusulas que históricamente hemos considerado de contenido o carácter exorbitante, por caso, la potestad estatal de imponer sanciones sobre el contratista, son comunes en el marco de los acuerdos del Derecho Privado.

Así, el Código Civil dice que "la cláusula penal es aquella en que 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" (art. 652), sin perjuicio de que luego la ley 17.711 introdujo la siguiente reforma: "los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor" (art. 656).

2) Por el otro, el concepto de cláusulas exorbitantes en los contratos que celebra el Estado es relativo porque si bien es así —cláusulas exageradas en relación con el Derecho Privado—, cierto es también

que existen límites que el Estado —en el propio marco del Derecho Público— no puede legítimamente traspasar.

De todos modos estos matices que hemos marcado no logran subvertir el concepto básico, es decir, en el contrato estatal existen cláusulas exorbitantes y exageradas —sustanciales y formales—, ajenas y extrañas al Derecho Privado.

II. El concepto de contrato administrativo

II.1. El criterio general

Desde siempre se han ensayado varios criterios en torno a esta construcción jurídica, entre ellas, el sujeto, el objeto, el fin, las cláusulas exorbitantes y el reconocimiento legislativo.

Así, por ejemplo, es común decir que el contrato administrativo es: a) el contrato celebrado por el Estado; b) el acuerdo que tiene por objeto el ejercicio de funciones administrativas o, en particular, la prestación de servicios públicos; c) el convenio que persigue un fin, utilidad o interés público relevante e inmediato; d) el que contiene cláusulas exorbitantes de modo expreso o implícito, y e) el contrato reconocido como tal por el legislador de modo expreso o implícito.

Estos conceptos que hemos descrito vagamente no son excluyentes sino que es posible sumarlos y así alcanzar un concepto más preciso sobre el objeto bajo estudio.

En primer lugar, cabe preguntarnos si tiene sentido definir el contrato administrativo y distinguirlo así conceptualmente del contrato propio del derecho civil. Es decir, ***¿existe el concepto de contrato administrativo?***

Por nuestro lado, entendemos que debe aceptarse esta clase de contratos porque las reglas son distintas en un caso o en el otro, y ello es así por razones conceptuales y no simplemente por creencias dogmáticas o por el arbitrio del legislador.

En este sentido la Corte sostuvo en el caso *YPF* (1992) que "si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el régimen jurídico de estos dos tipos es diferente".

En cuanto al concepto de contrato administrativo la Corte ha dicho que es aquel en que "una de las partes intervinientes es una per-

sona 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" (*Cinplast*, 1993).

Luego, en este mismo precedente, el Tribunal agregó que "la sentencia, en suma, valoró adecuadamente la gravitación del carácter administrativo del contrato entre ENTEL y la actora en consideración a su objeto, esto es, la prestación de un servicio destinado a cumplir el fin público de las telecomunicaciones".

Más recientemente, la Corte explicó en el caso *Punte* (2006) que "a los fines de calificar la naturaleza del vínculo contractual corresponde seguir la jurisprudencia del Tribunal, según la cual cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público (Fallos: 315:158; 316:212; 321:714)".

De modo que, en síntesis y según el criterio del Tribunal, el contrato es administrativo cuando es celebrado por el Estado, en ejercicio de funciones públicas, y con la finalidad de satisfacer necesidades públicas. Es decir, *el sujeto, el objeto y el fin*. Sin embargo el Tribunal insistió, en varios precedentes, con el uso del estándar de las cláusulas llamémosle exageradas respecto del Derecho Privado como criterio distintivo de los contratos administrativos —además de los otros caracteres—.

Si el acuerdo reúne estos caracteres es entonces contrato administrativo, y su consecuente jurídico es que debe regirse por el Derecho Público y no por el Derecho Privado.

II.2. Nuestro criterio

En síntesis, en el desarrollo dogmático de nuestro derecho los elementos definitorios del contrato administrativo son básicamente: a) el sujeto, b) el objeto, c) el fin público, y d) el marco jurídico, en particular, las cláusulas exorbitantes.

Sin embargo, según nuestro criterio, el objeto, esto es, el ejercicio de funciones administrativas, y el fin colectivo o público no contribuyen de modo decisivo en el desarrollo conceptual porque el Estado siempre cumple ese objeto y persigue esos fines. Quizás es posible decir esto más claro. El Estado *siempre* ejerce funciones estatales y públicas y no de carácter privado, más allá de su contenido material, y *siempre* persigue fines públicos y no privados.

Por su parte, el régimen jurídico es el consecuente y no el antecedente. Por tanto, el elemento que sigue en pie es el *sujeto*.

Así, el contrato administrativo es —según nuestro parecer— todo acuerdo celebrado por el Estado con terceros sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. El camino propuesto es, entonces, el carril subjetivo.

III. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Antes de continuar es conveniente y quizás necesario volver y aclarar qué es una cláusula exorbitante porque a medida que avanzamos en el desarrollo del presente capítulo advertimos que nos cruzamos necesariamente y de modo reiterativo con esta idea.

En verdad, el contrato estatal gira alrededor del concepto de las cláusulas exorbitantes que es —sin dudas— el aspecto más controversial.

Repasemos. En los contratos estatales el principio no es la igualdad porque el Estado está ubicado en un escalón por encima de la otra parte. ¿En qué consiste ese plano de desigualdad, más allá de su validez o no? Su contenido es el poder exorbitante que ejerce el Estado en el proceso de formación, ejecución y extinción contractual, y que está reconocido concretamente por medio de las cláusulas llamadas exorbitantes.

Quizás conviene remarcar que tales prerrogativas enmarcadas en las cláusulas exorbitantes son propias del Estado, pero no de las otras partes contratantes —particulares—. Así, la Corte sostuvo en el caso *La Estrella S.A.* (2005) que "el precio sólo podía ser incrementado si lo permitía la autoridad de aplicación ...Por tal razón... el frigorífico no podía alterar los términos de la oferta presentada en el concurso de precios incorporándole la inflación que, a juicio de éste, podía llegar a producirse durante el curso de la ejecución del contrato [esto]... contradice no sólo los términos de su propia oferta, sino también los precios ofrecidos por todos los restantes frigoríficos...".

Pero, *¿cuándo una disposición contractual es exorbitante*? Dijimos que su tono exagerado es así en relación con el Derecho Privado, es decir, si comparamos el contrato del Derecho Público con el Privado. Por eso, las cláusulas son exorbitantes cuando son *ilícitas o inusuales* en el contexto del Derecho Privado.

Cabe aclarar también que las cláusulas exorbitantes —como ya dijimos— reconocen poderes excepcionales al Estado que, en principio, rompen el equilibrio e igualdad entre las partes.

¿Cuáles son las cláusulas exorbitantes habitualmente incorporadas en los contratos de Derecho Público? Al menos a título de ejemplo enumeremos las siguientes. El Estado, tal como expusimos en los apartados anteriores, puede: a) interpretar y modificar unilateralmente el contrato, b) prorrogarlo, y c) revocarlo por su propio interés.

De todos modos, en el contexto del presente análisis, el aspecto más relevante y controvertido es si las disposiciones exorbitantes —propias de los contratos administrativos y no de los contratos privados— pueden ser implícitas o, por el contrario, deben revestir siempre carácter expreso. ***Así, el tópico más controversial es, sin dudas, la validez de las cláusulas exorbitantes y, particularmente, la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas.***

Creemos que es posible inferir potestades en términos implícitos desde el campo de las potestades expresas. Así ocurre, por ejemplo, en el contrato de concesión de los servicios públicos, en cuyo caso es posible inferir las potestades estatales de rescate del servicio y reversión de los bienes, a partir de las competencias expresas que prevé el ordenamiento jurídico respectivo, y apoyándonos en el reconocimiento de los derechos de los usuarios.

En conclusión, *los contratos con cláusulas exorbitantes son aquellos cuyo texto prevé tales disposiciones y a partir de allí es posible deducir potestades exorbitantes implícitas.*

Pero, ¿cuál es el método que nos permite deducir razonablemente las potestades implícitas? y ¿cuál es el grado de certeza que debe exigirse en el marco de las potestades expresas de modo de inferir desde allí otras competencias subyacentes y tácitas?

Creemos que el método es el siguiente.

a) En primer lugar, el intérprete debe identificar cuál es la disposición que prevé en términos literales potestades expresas.

b) En segundo lugar, las potestades implícitas deben cumplir con el siguiente test. El órgano competente sólo puede ejercer sus facultades expresas si el ordenamiento reconoce —a su vez— esas potestades implícitas.

c) En tercer lugar, en caso de duda, debe rechazarse el reconocimiento de las facultades subyacentes o implícitas.

Sin embargo, este planteo y su desarrollo se desvanecen si el legislador prevé expresamente por ley y en detalle cuáles son las potestades exorbitantes estatales en el marco contractual. En tal caso, las

llamadas habitualmente potestades implícitas se trastocan en potestades expresas incorporadas en el ordenamiento jurídico.

IV. LOS CONTRATOS PRIVADOS DEL ESTADO

El otro aspecto básico que debemos tratar es si junto con los contratos administrativos (concepto que hemos aceptado en los párrafos anteriores) coexiste otra categoría de contratos celebrados por el Estado, esto es, los *contratos privados de la Administración*. Por ejemplo, el alquiler por el Estado de un edificio de propiedad de particulares con el objeto de destinarlo al alojamiento de personas indigentes.

¿Es posible diferenciar entre contratos administrativos y contratos privados del Estado? Hemos concluido que el concepto de contrato administrativo es un criterio autónomo y ello nos permite distinguirlo de los contratos civiles y comerciales celebrados por las personas físicas y jurídicas del Derecho Privado.

Ahora bien, ¿puede el Estado celebrar contratos privados o cualquier acuerdo llevado a cabo por él es necesariamente un contrato administrativo? Adelantemos que —según nuestro parecer— todos los convenios celebrados por el Poder Ejecutivo son contratos administrativos regulados por el Derecho Público, sin perjuicio de que en ciertos casos estén alcanzados por matices del Derecho Privado.

Entonces, cualquier acuerdo celebrado entre el Estado y los particulares es un contrato administrativo que se rige enteramente y en principio por el Derecho Público, aunque en ciertos casos cabe aplicar normas del Derecho Privado respecto de su objeto.

Es decir, los principios de las contrataciones estatales y ciertos elementos propios del contrato —particularmente, la competencia y el procedimiento— son comunes e iguales en cualquier contrato en que el Estado sea parte, más allá de que el objeto esté regulado por el Derecho Público o Privado.

Por un lado, la preparación y adjudicación de los contratos es común en ambos casos. La preparación comprende la decisión de contratar, la autorización del gasto y la aprobación de las bases. Por su parte, la adjudicación es básicamente el procedimiento de selección y la celebración del acuerdo. En otras palabras, el núcleo duro del Derecho Administrativo es la preparación y adjudicación del contrato. Más aún la violación de esos principios y elementos lleva consigo necesariamente la nulidad del contrato, arrastrando todo el negocio jurídico.

Por el otro, el cumplimiento y la extinción son los aspectos más diferenciados de estas categorías (público/privado). Pero aún en tales casos se debe aplicar Derecho Administrativo con mayor o menor extensión.

Por tanto, ¿qué es el contrato administrativo? ***Es todo acuerdo de voluntades entre el Estado —en ejercicio de sus funciones administrativas— y los particulares.***

¿Cuál es el régimen a emplear? El Derecho Público. Ello quiere decir que como regla general y, aun en caso de dudas, debe aplicarse el Derecho Público. De todas maneras puede ocurrir que el objeto —tal como señalamos anteriormente— se guíe en parte por el Derecho Privado y, en parte, por el Derecho Público. ¿Cuánto de uno y de otro? Esto depende de cada caso particular.

En conclusión, el régimen propio de los contratos que celebre el Estado es el Derecho Público y, en ese marco y en ciertos casos, algunos de sus elementos están regidos parcialmente por el Derecho Privado pero ello, insistimos, no excluye al Derecho Público.

V. EL NUEVO PERFIL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Una de las tendencias actuales de las contrataciones estatales es la concertación, colaboración y mayor participación entre Estado y particulares.

Así, entre nosotros, la ***ley 17.520*** autorizó al Ejecutivo a crear sociedades anónimas mixtas —con o sin mayoría estatal—, para el cumplimiento de ciertos fines "haciendo el aporte de capital que considerare necesario o creando los fondos especiales pertinentes". De modo que el Estado constituye sociedades con personas privadas y, a su vez, estas sociedades (sociedades de economía mixta) interactúan con el propio Estado con iguales derechos y obligaciones que cualquier concesionario.

Más recientemente, el ***decreto 967/2005*** estableció el régimen nacional de asociación público-privada como instrumento de cooperación entre ambos sectores con el fin de asociarse para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos y otras actividades. El propósito básicamente, según surge de los antecedentes del decreto, es obtener financiamiento para obras de infraestructura y servicios, mejorar la eficiencia estatal y compartir los riesgos.

El decreto describe puntualmente cuál es el objeto de la asociación, a saber: a) la ejecución, operación o mantenimiento de obras o servicios públicos; b) la ampliación de obras o servicios públicos existentes; c) el proyecto, financiamiento y construcción de obras y servicios públicos; d) la prestación de servicios públicos; e) la ejecución de obras públicas para la locación o arrendamiento por el Estado y, por último, f) el "desempeño de actividades de competencia de la Administración Pública que resulten delegables".

Otro de los caracteres de los nuevos contratos estatales es la incorporación de las modalidades propias del comercio electrónico, y de objetivos ambientales y sociales.

Así, el ***decreto 1023/2001*** dispone que "Las contrataciones comprendidas en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente... También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el art. 5º del presente" (art. 21). Además, "las jurisdicciones y entidades comprendidas en el art. 2º estarán obligadas a aceptar el envío de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación".

La misma norma establece que son válidas las notificaciones en formato digital, y que los actos firmados digitalmente, cumplen con los requisitos del art. 8º de la LAP.

Por su parte, el art. 22 dice que "la reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones públicas electrónicas, en particular el régimen de publicidad y difusión, lo referente al proceso electrónico de gestión de las contrataciones, los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos, la digitalización de la documentación y el expediente digital".

A su vez, el ***decreto 893/2012,*** reglamentario del decreto delegado 1023/2001, dispone que "todos los procedimientos prescriptos en el presente reglamento se podrán efectuar en forma electrónica mediante la utilización de los medios que a tal fin habilite la Oficina Nacional de Contrataciones" (art. 33). Y, en particular, en el caso de las contrataciones directas por trámite simplificado "las ofertas podrán presentarse mediante plataforma web, correo electrónico..." (art. 147).

VI. LOS PRINCIPIOS EN MATERIA CONTRACTUAL

En material contractual estatal los principios son los siguientes: a) la concurrencia, b) la igualdad y no discriminación, c) la publicidad y, finalmente, d) la transparencia.

El principio de ***concurrencia*** impone a la Administración el deber de garantizar la participación de la mayor cantidad posible de oferentes. De este modo, se persigue que el Estado contrate en las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer.

En este sentido, el art. 3º, inc. b) del decreto 1023/2001 enuncia, entre los principios de las contrataciones públicas, la "promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes". De forma concordante, el art. 24 de la misma norma fija, como regla general para la selección del contratante, la licitación pública o concurso público.

Al respecto, la Corte ha señalado en el caso *Cardicorp* (2006) que "el procedimiento de licitación pública ha sido instituido como regla general con el propósito de que la competencia entre las distintas ofertas permita a la Administración obtener los mejores productos al precio más conveniente, y tiende a evitar la existencia de sobreprecios".

En cuanto al principio de ***igualdad***, como observa H. MAIRAL, "se comprende fácilmente que sólo es posible una real competencia de precios cuando se coloca a los oferentes en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros". Nótese que la igualdad de trato no sólo se exige en el interés de todos los oferentes, sino también en razón del interés colectivo de elegir correctamente al adjudicatario (caso *Astorga*, CSJN, 2004).

El principio de igualdad, que se apoya en el art. 16, CN, y es recogido por el decreto 1023/2001 —art. 3º, inc. f) — extiende sus efectos no sólo a la etapa de selección del contratista, sino también a la ejecución del contrato. Así, una de las consecuencias del deber de dispensar un trato igualitario es la imposibilidad de modificar las bases de la licitación en el contrato ya celebrado. Más aún, la Corte ha dicho que la adjudicación debe respetar las bases fijadas para la contratación incluso cuando se hubiere presentado un único oferente. Es que, de no ser así, "... bastaría con que los pliegos contuvieran condiciones que determinaran la no participación de otras empresas por no resultar atractivo el negocio y después de conseguida la adjudicación por la oferente se cambiaran los términos de aquéllos para que ésta obtuviera un beneficio que no le había sido acordado, burlándose así el principio de igualdad de la licitación" (caso *Vicente Robles S.A.*, CSJN, 1993).

El principio de ***publicidad*** "... hace referencia a la posibilidad de los interesados de acceder a la información acerca de la licitación en cuestión, tanto en lo que se relaciona con el llamado a licitación..., como en lo relativo al trámite posterior a la apertura de sobres que no puede conducirse de manera clandestina y oculta a los ojos de los oferentes" (MAIRAL). En la actualidad, es fundamental el uso de los medios electrónicos con el propósito de cumplir con este postulado. Por caso, la difusión de las convocatorias en la página web de la Oficina Nacional de Contrataciones.

También en este caso, se trata de un principio de raíz constitucional, derivado de la forma republicana de gobierno y de la publicidad de los actos del Estado.

Por su parte, el decreto 1023/2001 consagra la publicidad y difusión de las actuaciones (art. 3º, inc. d), y establece que "toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla...".

Con fundamento en este principio, la Corte en el caso *La Buenos Aires Cía. de Seguros* (1988) ha declarado la ilegitimidad de la conducta de una empresa estatal que, en el marco de una licitación, había negado a un oferente vista de las actuaciones. Para el Tribunal, "... el carácter estatal de la empresa, aun parcial, tiene como correlato la atracción de los principios propios de la actuación pública, derivados del sistema republicano de gobierno, basado en la responsabilidad de la autoridad pública, una de cuyas consecuencias es la publicidad de sus actos para agudizar el control de la comunicación y, en especial, de los posibles interesados directos, quienes podrán efectuar las impugnaciones que el ordenamiento permita".

A su vez, el principio de publicidad se encuentra estrechamente relacionado con el de la ***transparencia***. Este último también está incorporado en el decreto 1023/2001; norma que en el art. 3º, inc. c) consagra este principio y en el art. 9º dispone 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...".

Cabe destacar, finalmente, que los principios mencionados no sólo se sustentan en normas de derecho interno, sino también en convenciones internacionales.

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción —aprobada mediante la ley 24.759— dispone que los Estados Partes deben instituir "sistemas... para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas" (art. III.5). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción —aprobada por ley 26.097— impone a los Estados partes el deber de adoptar sistemas de contrataciones basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de decisión. Asimismo, la norma exige la adopción de medidas relativas a la difusión de información sobre los procedimientos de contratación, formulación previa y publicación de las condiciones de participación en esos procedimientos, criterios objetivos para la adopción de decisiones, implementación de un sistema eficaz de apelación y recaudos relativos a la idoneidad y la imparcialidad de los funcionarios intervinientes (art. 9º).

VII. El régimen jurídico de los contratos en el Derecho Positivo

VII.1. El régimen general y los regímenes especiales

El bloque normativo en el ámbito contractual estatal está integrado básicamente por las siguientes normas:

a) el decreto delegado 1023/01 —modificado por el decreto de necesidad y urgencia 666/2003— y su decreto reglamentario 893/2012;

b) la ley 13.064 de obras públicas;

c) la ley 17.520 sobre concesión de obras públicas;

d) la ley 22.460 de consultoría;

e) la ley 25.164 de empleo público.

Además —claro— de otros regímenes especiales y normas complementarias. *En síntesis, multiplicidad de marcos jurídicos.*

Por eso, el Ejecutivo sostuvo —en el marco del decreto 1023/2001— que es necesario suprimir "regímenes especiales aprobados por ley, a los efectos de dar uniformidad a los procedimientos de selección que

emplean los distintos organismos, eliminándose así la limitación que significa, para la concurrencia de oferentes, la necesidad de conocer cada uno de los regímenes previo a la presentación de las ofertas".

El régimen general y básico sobre las contrataciones del Estado está contemplado en el decreto delegado 1023/2001.

Este decreto fue dictado por el Poder Ejecutivo en razón de la delegación de facultades legislativas del Congreso en el Presidente por el art. 1º, inc. II, apart. e) de la ley 25.414. ¿Qué dice este precepto? Transcribamos su texto: "dar continuidad a la desregulación económica derogando o modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía...".

De modo que, según interpretó el Poder Ejecutivo en aquel entonces (año 2001), el legislador delegó en el Presidente la potestad de dictar el nuevo régimen de contrataciones del Estado. Sin embargo, ¿es posible imaginar cuál es el vínculo jurídico entre ambas normas? ¿De dónde surge el objeto delegado, esto es, la potestad de regular las contrataciones estatales? El texto normativo nada dice sobre este asunto.

Luego, en el año 2003 el Poder Ejecutivo dictó el decreto de necesidad y urgencia 666/2003 que modificó el decreto 1023/2001 y, posteriormente, aprobó el decreto 893/2012 reglamentario del decreto delegado 1023/2001.

Volvamos sobre el texto del ***decreto 1023/2001.***

El ***art. 1º*** del decreto dispone que "toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado".

A su vez, el ***art. 2º*** dice que "el presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8º de la ley 24.156 y sus modificatorias". Es decir, la administración central y los organismos descentralizados, pero excluyéndose entre otros a las "empresas y sociedades del Estado 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".

Sigamos. El ***art. 4º*** establece que "este régimen se aplicará a los siguientes contratos:

a) compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción de compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente,

b) obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias".

Por su parte, el *art. 5º* añade que "quedarán excluidos los siguientes contratos:

a) los de empleo público,

b) las compras de 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...,

d) los comprendidos en operaciones de crédito público".

Es decir, ***todos los contratos celebrados por el Estado son contratos administrativos —sin perjuicio de que se aplique en parte Derecho Privado—, y ciertos contratos del Estado —casi todos— están comprendidos bajo el decreto delegado 1023/2001.***

Por su parte, el decreto reglamentario 893/2012 comprende los contratos detallados en los arts. 2º y 4º del decreto delegado —antes mencionados—, con exclusión de los contratos de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias. De todos modos, el reglamento puede aplicarse "en lo que fuere pertinente, a los contratos excluidos y/o a las entidades y jurisdicciones no comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo".

Además del régimen general de contrataciones que hemos mencionado, existen —como ya adelantamos— otras normas especiales sobre contrataciones del Estado, a saber, la Ley de Obras Públicas, la Ley de Concesión de Obras Públicas y la Ley de Consultoría, con sus respectivos decretos.

Otra cuestión relevante sobre el marco jurídico de los contratos estatales es si cabe aplicar el *decreto-ley 19.549/1972 sobre procedimiento administrativo (LPA).*

Recordemos que el art. 7º de la ley 19.549 (Capítulo III) ordenaba —antes de su reforma— que "los contratos que celebre el Estado, los

permisos y las concesiones administrativas se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la ***aplicación analógica*** de las normas del presente título, si ello fuere procedente".

¿De qué trata el Título III de la ley 19.549? De los requisitos o elementos del acto, de las nulidades y, por último, de los modos de extinción de los actos. Es decir, básicamente este título desarrolla la Teoría General de los actos administrativos.

En este contexto, la doctrina y en especial los jueces, mantuvieron un fuerte debate sobre la aplicación del Título IV de la ley 19.549 (impugnación judicial de los actos administrativos) sobre los contratos.

Por su parte, el decreto 1023/2001 modificó el precepto antes trascrito —art. 7º LPA— en los siguientes términos: "los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación ***directa*** de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente".

Así, el nuevo texto reemplazó la aplicación analógica del Título III de la ley 19.549 (LPA), por su aplicación directa en cuanto fuere pertinente, es decir que este título de la ley debe emplearse en el campo contractual de modo directo.

Pero, *¿qué ocurre con los otros títulos de la ley de procedimientos*? ¿Cabe aplicarlos también a los contratos, en particular el Título IV —impugnación de los actos—? Si fuese así, ¿de qué modo debe emplearse sobre los contratos, es decir, en términos directos, analógicos o supletorios? Los otros títulos de la ley son los siguientes: Título I (Procedimiento Administrativo), Título II (Competencia del órgano) y, por último, Título IV (Impugnación judicial de actos administrativos).

Entendemos que éstos deben aplicarse de modo supletorio por las siguientes razones, a saber:

a) si el legislador sólo previó expresamente la aplicación directa de uno de los títulos de la ley (Título III), es razonable inferir que su intención es que los otros títulos no se apliquen de modo directo, sin perjuicio de que su empleo sea de carácter supletorio o analógico, y

b) el decreto 722/1996 sobre procedimientos especiales dispone que continúa vigente el régimen de las contrataciones del sector público nacional, "sin perjuicio de la aplicación *supletoria* de las normas contenidas en la Ley Nacional de Procedimien-

tos Administrativos 19.549 y en el Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el decreto 1759/1972".

En síntesis, el Título III de la ley 19.549 debe aplicarse directamente en el ámbito contractual y, por su parte, los otros títulos sólo deben ser empleados en caso de indeterminaciones del modelo de las contrataciones del Estado, es decir, de modo supletorio.

Cabe recordar que la Corte también reconoció la aplicación de la ley 19.549 en el ámbito contractual del Estado, entre otros, en el precedente *Gypobras* (Título IV) (1995).

Por su parte, el decreto reglamentario 893/2012 establece que los contratos se rigen "por el decreto delegado 1023/2001 y sus modificaciones, por el presente reglamento y por las disposiciones que se dicten en su consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones, por el contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la ley 19.549". Y, a su vez, dispone que "supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía" (art. 5º).

Asimismo, el decreto reglamentario dispone —en términos concordantes— cuál es el orden de prelación de los documentos contractuales, a saber: a) el decreto delegado, b) el decreto reglamentario, c) las normas que se dicten en consecuencia del reglamento, d) el pliego único de bases y condiciones generales, e) el pliego de bases y condiciones particulares, f) la oferta, g) las muestras, h) la adjudicación, y i) la orden de compra, venta o el contrato (art. 99).

En conclusión, el cuadro normativo básico *es el siguiente. El decreto 1023/2001, su decreto reglamentario 893/2012 y la ley 19.549 con los alcances antes explicados, sin perjuicio, claro, de los regímenes contractuales especiales, entre ellos, las leyes 13.064 y 17.520, entre otras.*

VII.2. Los contratos excluidos del Derecho Administrativo

Hemos dicho que los contratos celebrados por el Estado están regulados por el decreto 1023/2001, o por otros regímenes especiales de Derecho Público.

Sin embargo, es importante advertir que existe otro mundo de contratos estatales que escapan de las categorías anteriores y están regulados por normas del Derecho Privado.

Así, es necesario advertir sobre los múltiples contratos que están excluidos de los regímenes de contrataciones que hemos descrito en los apartados anteriores, entre otros:

1) *los fondos fiduciarios.* Si bien éstos han sido incorporados en el inc. b) del art. 8º de la ley de Administración Financiera (ley 24.156), de modo que cabe aplicarles las reglas sobre administración financiera y control estatal, el decreto 1023/2001 excluyó de su ámbito de aplicación al inc. b) del art. 8º de la ley 24.156. Así, el titular de estos fondos integrados con recursos públicos puede contratar con terceros por las normas del Derecho Privado, y

2) las sociedades anónimas de propiedad estatal que se rigen por el Derecho Privado.

VIII. LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

En los puntos anteriores hemos dicho que el contrato debe regirse en cuanto fuere pertinente por la ley 19.549. En particular, el Título III (LPA) sobre los Elementos del acto debe aplicarse directamente.

En sentido concordante, el art. 11 del decreto 1023/2001 establece que —al menos— ciertos actos dictados en el marco del trámite de las contrataciones del Estado deben cumplir con las reglas del art. 7º de la ley 19.549, esto es, los requisitos esenciales del acto administrativo. En igual sentido, el decreto delegado dispone que los actos dictados en el marco de la interpretación, modificación, caducidad, rescisión y resolución del contrato "tendrán (los) caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la ley 19.549", es decir, presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria.

La LPA nos dice cuáles son los elementos del acto administrativo (Título III) y cabe, entonces, seguir el criterio legal en este aspecto, sin dejar de advertir que el contrato supone la concurrencia de voluntad de dos partes, de modo que no se trata simplemente de actos unilaterales sino de voluntades concurrentes.

Analicemos, en primer término, los elementos del contrato administrativo según el molde del art. 7º del Título III, LPA. Luego veremos, en segundo término, el régimen de ejecución y, por último y en tercer término, el marco de extinción del contrato.

En otras palabras y volviendo al primer escalón de nuestro recorrido argumental, ¿cuáles son los elementos del contrato administrativo? Aquí seguiremos el criterio del legislador, es decir, las disposiciones del Título III de la ley 19.549 como ya adelantamos.

VIII.1. La competencia y capacidad en el ámbito contractual

VIII.1.1. La competencia

En este contexto, el contrato administrativo exige dos elementos concurrentes. Por un lado, la competencia del órgano estatal y, por el otro, la capacidad de las personas contratantes. La Corte dijo que en el ámbito de los contratos administrativos el principio de autonomía de la voluntad de las partes es relativo, pues está subordinado al marco legal.

Así, la competencia del órgano para contratar debe resultar, según los casos, de "la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia" (art. 3º, ley 19.549). El decreto 1344/2007, que aprobó el texto ordenado del decreto reglamentario de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (ley 24.156), establece cuáles son los órganos competentes para autorizar gastos, ordenar pagos y efectuar desembolsos.

En este sentido, el decreto dice quiénes son los funcionarios competentes para *autorizar* los procesos de adquisición de bienes y servicios y *aprobar* los actos de contratación y adquisición de bienes y servicios según los montos allí fijados (art. 35). A su vez, el decreto reglamentario 893/2012 establece las autoridades competentes para: aprobar los pliegos de bases y condiciones y preselección de los oferentes; adjudicar; declarar desierto o fracasado; dejar sin efecto un procedimiento; prorrogar, ampliar y disminuir; y suspender, resolver o rescindir el contrato, entre otros (art. 14).

VIII.1.2. La capacidad

A su vez, cabe preguntarse *quiénes pueden contratar con el Estado.* El decreto 1023/2001 establece que pueden contratar con el Estado las personas con capacidad para obligarse en los términos del Código Civil, y que estén incorporadas en la base de datos que lleve la Oficina Nacional de Contrataciones. Sin embargo, el decreto no cerró el círculo en estos términos sino que, además, excluyó a ciertas personas.

Así, no pueden contratar con el Estado: a) las personas físicas y jurídicas que hubiesen sido suspendidas o inhabilitadas en su carácter de contratistas del Estado; b) los agentes públicos y las empresas en que éstos tengan una participación suficiente para formar la voluntad social en razón de la incompatibilidad o conflicto de intereses; c) los condenados por delitos dolosos, por un tiempo igual al doble de la condena; d) las personas procesadas por delitos contra la propiedad, la Administración, la fe pública y los delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción; e) las personas físicas y jurídicas que no hubieren cumplido con sus obligaciones tributarias o de previsión y, por último, f) las personas físicas y jurídicas que no hubieren rendido cuentas respecto de fondos públicos otorgados en concepto de subsidios.

VIII.2. El objeto de los contratos

El objeto que debe perseguir el contrato estatal es obtener bienes, servicios y obras determinadas, con el menor costo y la mayor calidad posible.

Por un lado, ya sabemos que el art. 7º, inc. c) de la ley 19.549 dice que el objeto de los actos "debe ser cierto y física y jurídicamente posible".

Por su parte, el Código Civil señala que "el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero" (art. 953). A su vez, el art. 1170 del Código dice que "las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse".

En conclusión, el objeto debe ser: a) posible en términos físicos y jurídicos, y b) determinado.

En este punto cabe preguntarse si es posible aplicar las pautas del derecho civil en el Derecho Administrativo.

Creemos que en principio ambos regímenes coinciden en su contenido y extensión, sin embargo el Derecho Público tiene sus propios matices.

En síntesis, debemos aplicar el Título III de la ley 19.549 y, sólo en caso de indeterminaciones, ir hacia el Código Civil. Pues bien, si el objeto está regulado de modo pleno, es decir, sin lagunas, ambigüedades o vaguedades, entonces no es necesario emplear las reglas de los contratos privados propias del Código Civil.

A su vez, las otras indeterminaciones, tal el caso de las contradicciones, deben resolverse exclusivamente en el marco del Derecho Público.

Llegados a este punto, estudiaremos por separado los derechos y obligaciones del Estado por un lado, y de los particulares contratantes por el otro, por cuanto estos capítulos, según nuestro criterio, deben encuadrase dentro del elemento objeto del contrato.

VIII.2.1. Las facultades y deberes del Estado contratante

El Estado tiene las facultades y obligaciones que prevé el decreto delegado 1023/2001, sin perjuicio de aquellas otras que surgen de las leyes especiales, reglamentos, pliegos de bases y condiciones y el resto de los documentos contractuales.

En particular, el Estado goza de las siguientes *facultades, derechos y prerrogativas exorbitantes*, según reza el art. 12 del decreto ya citado:

a) interpretar los contratos, resolver las dudas y modificarlos por razones de interés público;

b) controlar, dirigir e inspeccionar las contrataciones;

c) aumentar o disminuir hasta en un veinte por ciento el monto total del contrato;

d) imponer penalidades;

e) ejecutar directamente el objeto del contrato y disponer de los bienes y medios del contratante cuando éste no cumpliese con la ejecución del contrato dentro de plazos razonables;

f) prorrogar los contratos de suministro de cumplimiento sucesivo o prestación de servicios, siempre que ello esté previsto en el pliego de bases y condiciones, y

g) decidir la caducidad, rescisión o resolución del contrato.

¿Puede el Estado renunciar al ejercicio de estas prerrogativas por sí o por acuerdo entre las partes? Entendemos que no porque ese poder nace del texto del decreto con rango legal.

El Estado, por su parte, debe cumplir con sus *obligaciones*. ¿Cuáles son éstas? Ello depende del tipo de contrato de que se trate y del objeto de cada contrato en particular.

Las obligaciones más habituales consisten en el ***pago del precio*** convenido (contratos de obras públicas y suministro) o la ***entrega de cosas o bienes,*** según los casos (concesión de bienes del dominio público y servicios públicos).

Por ejemplo, en el marco del contrato de obra pública, el Estado debe realizar los pagos en término, e incluso el empresario —en caso de retardo del pago— tiene derecho al cobro de los intereses. A su vez, éste puede rescindir el contrato "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".

VIII.2.2. Los derechos y deberes del contratista

El contratista tiene los derechos y las obligaciones que establecen el decreto 1023/2001 y las normas complementarias.

Así, el contratante tiene —entre otros— los siguientes *derechos:* el ***cobro del precio*** convenido y la ***recomposición del contrato*** "cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo" (art. 13, decreto 1023/2001).

Por caso, el decreto reglamentario dispone que "el plazo para el pago de las facturas será de treinta días corridos" (art. 117).

En particular y a título de ejemplo, cabe recordar que los pagos en el contrato de obras públicas están exentos de embargos judiciales, salvo que los acreedores sean personas vinculadas con los trabajos, materiales o servicios de las obras.

Por otro lado, el contratista tiene las siguientes *obligaciones.*

1) ***Ejecutar el contrato por sí mismo.*** Así, el contratista no puede ceder o transferir el contrato, ni tampoco subcontratar, sin autorización debidamente fundada por el órgano contratante.

El decreto reglamentario dispone que en caso de autorización, el cedente continuará obligado solidariamente, y deberá verificarse que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria "a ese momento, como al momento de la cesión" (art. 125).

En particular, la Ley de Obras Públicas establece que el adjudicatario no puede transferir los derechos, total o parcialmente, sin la autorización del órgano competente y éste sólo puede hacerlo con carácter de excepción y siempre que el cesionario ofrezca iguales garantías que el cedente (art. 23, ley 13.064).

2) ***Cumplir las prestaciones en cualquier circunstancia,*** salvo caso fortuito, fuerza mayor y actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o del Estado contratante, y "de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato".

Dice el decreto reglamentario que "los cocontratantes deberán cumplir la prestación en la forma, plazo o fecha, lugar y demás condiciones establecidas en los documentos" (art. 108).

Si bien el contratista está obligado a cumplir con sus prestaciones en término, puede solicitar prórroga del plazo, antes de su vencimiento y por única vez. Por su parte, el Estado puede conceder la prórroga siempre que existan razones debidamente justificadas y ello no cause perjuicio al Estado. A su vez, la solicitud debe hacerse antes del vencimiento del plazo de cumplimiento de la prestación.

En particular —en el marco del contrato de obra pública— el contratista queda constituido en mora por el solo vencimiento de los plazos y obligado al pago de las multas, pudiendo el Estado descontarlas de los certificados, las retenciones para reparo o bien afectar la fianza rendida.

3) ***Constituir las garantías.*** El oferente y el contratista deben constituir las siguientes garantías:

(a) mantenimiento de oferta. Esta garantía tiene por objeto asegurar que el oferente, en caso de resultar adjudicatario, celebre el contrato;

(b) cumplimiento del contrato. Esta garantía persigue que el contratista respete sus compromisos. Así, si éste incumple el contrato, el Estado puede resarcirse por medio de la aplicación de las penalidades y, además, ejecutarlas sobre la garantía bajo análisis.

(c) impugnación. Esta garantía permite que el interesado impugne, por ejemplo, el dictamen de evaluación de las ofertas, o de preselección en las licitaciones o concursos de etapa múltiple.

Sin perjuicio de *los derechos y las obligaciones* que prevé el régimen general de las contrataciones del Estado, las partes gozan de otros derechos y, a su vez, deben cumplir con otros deberes, siempre que estén previstos en la legislación específica, reglamentos, pliegos y demás documentación.

Por ejemplo, en el caso particular del contrato de obra pública y según la legislación especial, esto es, la ley 13.064, el contratista *debe* interpretar correctamente los planos; responder por los defectos que se produzcan durante la ejecución y conservación de las obras hasta su recepción con carácter definitivo, y por los reclamos por la provisión o uso indebido de materiales y sistemas; ejecutar la obra y hacer los trabajos respectivos según el contrato y, en tal sentido, si hace un trabajo

no previsto o no autorizado por el órgano competente no tiene derecho al cobro de éste; y, por último, no puede recusar al técnico que designe el Estado en la dirección, inspección y tasación de las obras.

¿Pueden las partes modificar de común acuerdo los derechos y obligaciones (objeto)? Cabe recordar que en el precedente *Aguas Argentinas S.A. c. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios* (2007), la Corte sostuvo que "en la 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 condiciones (Fallos: 327:3919)". Por otra parte, si los términos del pliego generaron una duda razonable en la actora, ésta pudo y debió subsanarla o aclararla mediante la oportuna consulta a la autoridad competente.

Finalmente cabe aclarar que los derechos y obligaciones de unos constituyen las obligaciones y derechos de los otros, respectivamente. Así es como debe completarse el cuadro que detallamos en los párrafos anteriores.

VIII.3. El procedimiento contractual

El procedimiento en el marco contractual estatal es, según nuestro criterio, el conjunto de actos que constituyen el trámite de conformación y perfeccionamiento del contrato.

Este proceso comienza con el acto de previsión presupuestaria, esto es, la afectación de los recursos públicos necesarios, y concluye habitualmente con el acto de adjudicación del contrato.

En otras palabras, el procedimiento, elemento propio del contrato, está integrado por actos instrumentales. Por ejemplo, el acto de aprobación de los pliegos particulares, el acto de autorización, el acto de llamado y el acto de adjudicación del contrato.

Sin embargo, más allá de la distinción entre los actos y cómo distinguir entre unos y otros, el punto de partida es definir cuáles son los principios propios del elemento procedimiento en el marco contractual. Estos son la publicidad, la libre concurrencia, la igualdad, la transparencia, la adjudicación a la oferta más conveniente, el control y la responsabilidad de los agentes.

VIII.3.1. Los pasos en el procedimiento contractual

El Estado, luego de la previsión del gasto en el marco del presupuesto, debe seguir los siguientes pasos: a) la redacción de los pliegos

y la elección del modo de selección del contratante; b) el llamado; c) la presentación de las ofertas; d) la apertura de los sobres; e) la preadjudicación en ciertos casos y, por último, f) la adjudicación. Analicemos cada paso por separado.

VIII.3.2. La redacción de los pliegos

Los pliegos son los documentos que contienen las bases y condiciones del contrato y el tipo de selección del contratista. La Corte sostuvo que "la ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario".

En general, es posible distinguir entre los pliegos de bases y condiciones generales y particulares y, en ciertos casos —además—, el pliego de condiciones técnicas.

El ***Pliego General*** es una resolución reglamentaria y complementaria del decreto reglamentario (893/2012), es decir, un listado de detalles y pormenores de éste. Dice el decreto reglamentario que "el pliego único de bases y condiciones generales será aprobado por la Oficina Nacional de Contrataciones y será de utilización obligatoria" (art. 43). Veamos, en tal sentido, un ejemplo puntual e ilustrativo:

1) el decreto delegado 1023/2001 dice que los oferentes y adjudicatarios deben constituir *garantías*;

2) por su parte, el decreto reglamentario 893/2012 establece que los oferentes y adjudicatarios deben constituir garantías de mantenimiento de oferta iguales al cinco por ciento del valor total de ésta (salvo en las licitaciones y concursos de etapa múltiple, en que será establecida en un monto fijo), y de cumplimiento del contrato igual al diez por ciento del valor total de éste;

3) finalmente, el Pliego Unico de Condiciones Generales podría disponer, por ejemplo, que la garantía de mantenimiento de las ofertas (5%) deba calcularse sobre el importe que surja de la multiplicación entre la cantidad máxima solicitada y el precio unitario cotizado.

Es obvio, entonces, tal como surge de la lectura de los textos antes mencionados, que el decreto 893/2012 es reglamentario del decreto legislativo 1023/2001 y que, a su vez, la resolución de la Oficina Nacional de Contrataciones sobre el Pliego General es reglamentario del decreto 893/2012.

¿Cuál es el contenido del ***pliego de bases y condiciones particulares***? Este pliego es elaborado para cada procedimiento de selección en particular por las unidades operativas de contrataciones de cada jurisdicción, y contiene las especificaciones técnicas (cantidades y características de los bienes o servicios; si los elementos deben ser nuevos, usados, reacondicionados o reciclados; las tolerancias aceptables y la calidad exigida), las cláusulas particulares y los requisitos mínimos que indique el Pliego Unico de Condiciones Generales.

En ciertos casos, en razón de la complejidad o el monto de la contratación, así como en los procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las cláusulas particulares completas, el órgano competente puede prever un plazo para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.

Por último, los pliegos de bases y condiciones generales y particulares deben ser exhibidos obligatoriamente en la sede de las jurisdicciones o entidades contratantes, y difundidos en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones, sin perjuicio de su publicación en el Boletín Oficial, cuando así correspondiese según las normas reglamentarias.

A su vez, cualquier "persona podrá tomar vista del pliego único de bases y condiciones generales y de los pliegos de bases y condiciones particulares, en la jurisdicción o entidad contratante o en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones. Asimismo podrán retirarlos o comprarlos en la jurisdicción o entidad contratante o bien descargarlos del aludido sitio de Internet". Sin embargo, "no será requisito para presentar ofertas, ni para la admisibilidad de las mismas, ni para contratar, haber retirado o comprado pliegos en el organismo contratante o haberlos descargado del sitio de Internet" (art. 59 del decreto reglamentario). Finalmente, "las consultas al pliego de bases y condiciones particulares deberán efectuarse por escrito en el organismo contratante...o en la dirección institucional del correo electrónico" (art. 60 del decreto reglamentario).

Otra cuestión importante respecto de ***los pliegos*** de bases y condiciones generales y particulares, que aún no hemos planteado, es si éstos ***constituyen actos de alcance general o particular.***

¿Por qué es relevante en términos jurídicos? Por un lado, con el objeto definir el *régimen de impugnación* en los términos de la LPA (arts. 23 o 24 de la ley 19.549 y su decreto reglamentario), en tanto éste es distinto según se trate de impugnación de actos de alcance general o particular.

Por el otro, *si el pliego de condiciones generales puede ser modificado o no por el pliego de condiciones particulares*. Así, si consideramos que los pliegos no son actos de alcance general sino actos que integran, entre otros documentos y con carácter singular, el contrato, entonces el pliego de condiciones particulares puede modificar el otro pliego (pliego de condiciones generales).

Por nuestro lado, creemos que el pliego de condiciones generales es un reglamento (acto de alcance general), de modo que no es posible, en razón del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, modificarlo por medio del pliego de condiciones particulares (acto de alcance particular).

La Corte señaló en el precedente *Espejo* que los contratos "están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos". Y, a su vez, aclaró que "los pliegos de condiciones generales revisten condición de reglamentos, razón por la cual el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones" (caso *Rincón de los Artistas*, 2003).

Por su parte, el pliego de bases y condiciones particulares es, según nuestro criterio, un acto de alcance singular. En definitiva, es un acto que sólo cabe aplicar en el trámite puntual de que se trate.

VIII.3.3. El procedimiento de selección

¿Cuál es la regla en el trámite de selección del contratista? Es decir, ¿la libre elección o el cumplimiento de criterios objetivos?

El decreto 1023/2001 dice que la selección del contratista debe hacerse por *regla general* mediante licitación pública o concurso público y, en los casos de excepción, por los trámites de: a) subasta pública, b) licitación o concurso abreviado o privado, y c) contratación directa. Asimismo, el decreto reglamentario establece en sentido concordante los siguientes procedimientos: las licitaciones o concursos públicos y privados, la contratación directa (por compulsa abreviada o adjudicación simple), y la subasta pública. Y agrega que "en virtud de la regla general consagrada en el art. 24 del decreto delegado..., los procedimientos de licitación o concurso público, se podrán aplicar válidamente cualquiera fuere el monto presunto del contrato y estarán dirigidos a una cantidad indeterminada de posibles oferentes" (art. 15). Sin embargo, concluye que "no obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el art. 1º del decreto delegado... y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos" (art. 15).

Por su parte, la ley 13.064 establece que, en principio, "sólo podrán adjudicarse las obras públicas nacionales en licitación pública" (art. 9º).

Además, los principios de concurrencia e igualdad en el trámite de las contrataciones refuerzan este criterio normativo de seguir el proceso licitatorio como regla general.

Volvamos sobre el régimen general. El decreto 1023/2001 establece cuáles son los *criterios* que deben seguirse para la elección de los tipos de contratación (licitación o concurso público, subasta pública, licitación o concurso abreviado o privado, y contratación directa), a saber:

1- el cumplimiento de los objetivos de economía, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos;

2- las características de los bienes o servicios;

3- el monto estimado del contrato;

4- las condiciones del mercado, y

5- las razones de urgencia o emergencia.

Quizás en este punto convenga distinguir entre los *tipos* de contratación, las *clases* de contratación cuando así esté previsto normativamente, y las *modalidades*. Demos un ejemplo intentando explicar con mayor claridad estos conceptos. El tipo contratación es la licitación pública y, en ese marco, la clase puede ser de *etapa única o múltiple*. A su vez, "las contrataciones podrán realizarse de acuerdo con cualquiera de las siguientes modalidades o combinaciones entre ellas: *a) iniciativa privada; b) llave en mano; c) orden de compra abierta, d) consolidada, e) bienes estandarizados; f) precio máximo; g) acuerdo marco*".

VIII.3.3.1. Licitación o concurso público

La licitación y el concurso son mecanismos de ofertas múltiples y competitividad entre los que aspiran a encargarse de ejecutar las obras, proveer los bienes o prestar los servicios bajo determinadas condiciones, a fin de que el Estado elija la propuesta más ventajosa.

¿Cuál es la diferencia entre la licitación y el concurso? En el primer caso, el criterio de selección es básicamente el factor económico y, en el segundo, la capacidad técnica, científica o artística de los contratantes. En efecto, el decreto 1023/2001 dice que el procedimiento de licitación debe realizarse cuando el criterio de selección "recaiga

primordialmente en factores económicos" y, por su lado, el concurso procede cuando el estándar cae "primordialmente en factores no económicos" (art. 25).

A su vez, el proceso, trátese de licitación o concurso, es público cuando el llamado esté dirigido a un número indeterminado de oferentes.

¿Cuándo el llamado debe ser público? Cuando supere el monto que se fije por vía reglamentaria. Así, el decreto reglamentario establece: "licitación pública o concurso público más de Ochocientos módulos (M 800)". Actualmente el valor del módulo es de $ 1000, sin perjuicio de que el Jefe de Gabinete puede modificarlo.

Finalmente, las licitaciones y concursos pueden ser de etapa única (cuando la comparación de las ofertas y las calidades de los oferentes se realice en un mismo acto) o múltiple (si la comparación de la calidad de los oferentes, los antecedentes empresariales y técnicos, la capacidad económica financiera, las garantías, las características de la prestación y el análisis de los componentes económicos, se realice mediante dos o más fases de evaluación) —arts. 26 del decreto delegado y 18 del decreto reglamentario—.

VIII.3.3.2. Licitación o concurso abreviado (privado)

La licitación o concurso es abreviado (o privado) cuando el llamado está dirigido a personas inscriptas en la base de datos que lleva la Oficina Nacional de Contrataciones (es decir, el Sistema de Información de Proveedores), y siempre que el monto de la contratación no supere el que se fije por reglamentación. Cabe agregar que "también serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar" (art. 25, decreto 1023/2001 y art. 17 del decreto reglamentario).

Pero, *¿en qué casos procede el trámite abreviado o privado*? Según el decreto 1023/2001, el proceso es público cuando el monto del contrato supere ciertas sumas, de modo que *sólo puede ser privado cuando éstas sean inferiores*. En tal sentido, el decreto reglamentario establece: "licitación privada o concurso privado hasta Ochocientos módulos (M 800)".

Por ejemplo, en las obras públicas es posible seguir el procedimiento de licitación privada —e incluso contratación directa— en los siguientes casos: a) cuando el monto no exceda aquél que establezca el Poder Ejecutivo; b) cuando resulte indispensable realizar otros trabajos en el marco de una obra en curso de ejecución, y éstos no hubiesen sido previstos; c) cuando se trate de trabajos de urgencia,

circunstancias imprevistas o servicios sociales de carácter impostergable; d) cuando la seguridad del Estado requiera reserva o garantías especiales; e) cuando resulte fundamental la capacidad artística, técnica o científica del contratante, o la obra estuviese amparada por patentes o privilegios, y f) cuando en el trámite de la licitación no se haya presentado ningún oferente, o las ofertas no sean admisibles.

VIII.3.3.3. Subasta pública

El proceso de subasta es un método público de venta y compra de bienes, y se hace al mejor postor. ¿Cuándo procede la subasta pública? En caso de compras y ventas de bienes inmuebles, muebles y semovientes por el Estado.

Dice el decreto 1023/2001 que este trámite debe aplicarse preferentemente sobre el procedimiento de contratación directa y siempre —claro— que la subasta sea posible.

VIII.3.3.4. Contratación directa

Los casos de contrataciones directas son, según el régimen general (decreto delegado 1023/2001), los siguientes:

1) cuando el monto no supere aquel que se fije por vía reglamentaria y no sea posible aplicar otro procedimiento de selección según las normas vigentes. A su vez, el decreto reglamentario dispone que "será suficiente que el monto presunto del contrato no supere el máximo fijado", esto es, hasta doscientos módulos (M 200);

2) en el caso de realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas, cuya ejecución sólo pueda ser hecha por ciertas empresas, artistas o especialistas;

3) cuando se trate de la contratación de bienes o servicios "cuya venta fuere exclusiva... o que sólo posea una determinada persona física o jurídica", siempre que no existan sustitutos convenientes. Cabe aclarar que "la marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes";

4) cuando las licitaciones o concursos hubiesen fracasado o sean declarados desiertos por segunda vez;

5) por razones de urgencia o emergencia, según circunstancias objetivas que impidan la realización de otros procedimientos

de contratación. En tal caso, el llamado debe ser aprobado por la autoridad máxima de la jurisdicción o entidad de que se trate;

6) las contrataciones secretas por razones de seguridad o defensa nacional, cuya declaración compete con carácter excepcional e intransferible al Poder Ejecutivo;

7) las reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y —además— esto resulte más oneroso;

8) las contrataciones de los órganos o entes estatales entre sí o con organismos provinciales o municipales y la Ciudad de Buenos Aires y con empresas y sociedades de participación mayoritaria del Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o salud; sin embargo, el decreto reglamentario dispone que "la limitación del objeto a la prestación de servicios de seguridad, de logística o de salud a que hace referencia el citado apartado solo será aplicable en los casos en que el cocontratante fuera una empresa o sociedad en la que tenga participación estatal mayoritaria el Estado" (art. 26);

9) los contratos que celebre el Estado con las Universidades Nacionales, y

10) los contratos que se celebren con las personas físicas y jurídicas inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, con o sin financiamiento estatal.

Por su parte, el decreto reglamentario distingue en el marco de las contrataciones directas entre: 1) la *adjudicación simple* (cuando el Estado no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultado para elegir un contratante de naturaleza pública); y 2) *compulsa abreviada* (cuando exista más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación).

Las contrataciones directas por *adjudicación simple* son las siguientes: a) en el caso de realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas; b) cuando se trate de la contratación de bienes o servicios "cuya venta fuere exclusiva... o que sólo posea una determinada persona física o jurídica"; c) contrataciones de emergencia; d) operaciones secretas por razones de seguridad o defensa nacional; d) reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria; e) contrataciones de los órganos o entes estatales entre sí o con organismos provinciales o municipales y

la Ciudad de Buenos Aires y con empresas y sociedades de participación mayoritaria del Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o salud; f) contratos que celebre el Estado con las Universidades Nacionales, y g) contratos que se celebren con las personas físicas y jurídicas inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, con o sin financiamiento estatal.

Por otro lado, las contrataciones directas por *compulsa abreviada* comprenden estos casos: a) cuando el monto no supere los doscientos módulos; b) cuando la licitación o concurso hubiesen resultado desiertos o hubiesen fracasado; c) contrataciones de urgencia o emergencia y, por último, d) operaciones secretas por razones de seguridad o defensa nacional.

Finalmente, cabe advertir que, según el decreto reglamentario, "no se podrá fraccionar un procedimiento de selección con la finalidad de eludir la aplicación de los montos máximos fijados" (art. 37).

VIII.3.4. El llamado

Este acto supone que el órgano competente —en el marco del plan anual de contrataciones— ya eligió el procedimiento de selección del contratante y aprobó los pliegos de bases y condiciones particulares y, como paso siguiente, decide convocar a los oferentes.

El llamado o convocatoria debe realizarse mediante el dictado de un acto administrativo en los términos del art. 7º de la ley 19.549, y cumplir *con el régimen de difusión y publicidad según los modos y plazos que establecen el decreto delegado y su decreto reglamentario.* Por ejemplo, en el caso de las licitaciones públicas, se deben publicar avisos en el Boletín Oficial por dos días, difundir en el sitio de Internet, enviar comunicaciones a las asociaciones de proveedores y, por último, invitar por lo menos a cinco proveedores del rubro.

Cabe sí agregar, en este contexto, que "la comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija... dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento" (art. 18, decreto 1023/2001).

VIII.3.5. La presentación de las ofertas

Luego del llamado comienza a correr el plazo en el que los interesados deben presentar sus ofertas, es decir, sus propuestas de contra-

tación hasta el día y hora fijados en el acto del llamado. En tal sentido, las ofertas que se presenten fuera de término, aun cuando no se hubiese iniciado el acto de apertura, deben ser rechazadas.

A su vez, los interesados pueden tomar vista, retirar los pliegos y hacer consultas; en tal caso, el organismo contratante puede elaborar circulares aclaratorias o modificatorias del pliego. En este último supuesto, dice el decreto reglamentario que "entre la publicidad de la circular modificatoria y la fecha de apertura, deberán cumplirse los mismos plazos de antelación estipulados en la normativa vigente que deben mediar entre la convocatoria original y la fecha de apertura de acuerdo al procedimiento de selección de que se trate" (art. 61).

¿Cuáles son las formalidades que deben cumplir las ofertas? Estas deben ser presentadas por escrito, firmadas, en idioma nacional y con copias. A su vez, las enmiendas deben ser salvadas y debe consignarse el domicilio especial. Por su parte, los sobres, cajas o paquetes deben estar perfectamente cerrados.

¿Cuál es el contenido de las ofertas? Las ofertas deben contener el precio unitario y cierto; el precio total por renglón y el precio total; la cotización por cantidades netas libres de envase y de gastos de embalaje; y el origen del producto. En principio, es posible presentar ofertas por cantidades parciales.

¿Qué documentación debe acompañarse con las ofertas? Una declaración jurada sobre la provisión o uso de materiales importados y el resultado de la balanza comercial; la garantía de mantenimiento de la oferta; las muestras (si así lo requiere el pliego); y la documentación a presentar ante la Oficina Nacional de Contrataciones en el marco del Sistema de Información de Proveedores.

La presentación de la oferta supone el conocimiento y aceptación de las reglas de la contratación por parte del oferente, y —a su vez— al vencer el plazo de presentación se extingue la posibilidad de modificarla.

¿Puede el oferente retirar su oferta? Las ofertas deben mantenerse por el término de sesenta días corridos contados a partir de la fecha del acto de apertura, salvo que en el respectivo pliego particular se fijara un plazo diferente. El plazo se prorrogará en forma automática por igual término, "salvo que el oferente manifestara en forma expresa su voluntad de no renovar el plazo de mantenimiento con una antelación mínima de diez días corridos al vencimiento del plazo". A su vez, 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, corresponderá excluirlo del procedimiento y ejecutar la garantía de mantenimiento de la oferta." (art. 66, decreto 893/2012). En igual sentido, la Ley de Obras Públicas establece que los proponentes deben mantener sus ofertas durante el plazo "fijado en las bases de la licitación" (art. 20).

¿Puede el oferente modificar sus propuestas? No, por aplicación del principio de igualdad. El decreto reglamentario dice en tal sentido que la posibilidad de modificar la oferta precluye con el vencimiento del plazo para presentarla (art. 65).

VIII.3.6. La apertura de las ofertas

La apertura de las ofertas debe realizarse en acto público en el lugar, día y hora determinado, con participación de cualquiera que tenga interés en presenciar el acto.

Una vez vencido el término de recepción de las ofertas no pueden recibirse otras, aun cuando el órgano competente no hubiese iniciado el acto de apertura de los sobres.

En el *acto de apertura*, la autoridad competente debe labrar el acta correspondiente haciendo constar: el número de orden asignado a cada oferta, el nombre de los oferentes, el monto de las ofertas, el monto y tipo de garantías que hubiesen presentado los oferentes y, por último, las observaciones.

Los originales de las ofertas deben ser exhibidos a los oferentes por el término de dos días. Las ofertas que fuesen *observadas* no pueden ser rechazadas en el acto de apertura sino que el planteo debe ser agregado en el expediente con el objeto de su posterior análisis y resolución.

En ciertos casos, las ofertas deben ser declaradas *inadmisibles*, pero los errores menores no son causales de rechazo, sino que pueden ser saneados. ¿Cuáles son, entonces, las causales de rechazo de las ofertas? Entre otras, las propuestas que: a) no tuviesen firma, b) estuviesen escritas con lápiz, c) estuviesen presentadas por personas inhabilitadas o suspendidas, d) no cumpliesen con las garantías del caso, o e) tuviesen condicionamientos, raspaduras, enmiendas o cláusulas contrarias a las normas vigentes (art. 17, decreto 1023/2001 y art. 84 del decreto reglamentario).

Por último, el órgano competente debe realizar un cuadro comparativo de los precios de las ofertas y remitir "las actuaciones a la Comisión Evaluadora".

VIII.3.7. La preadjudicación

En general, las normas establecen un procedimiento de adjudicación de orden transitorio llamado *preadjudicación* y, luego, tras el vencimiento del plazo de las impugnaciones contra el acto de preadjudicación, el órgano competente debe adjudicar el contrato con carácter definitivo.

Así, el órgano competente, tras abrir las ofertas, debe labrar el acta, confeccionar el cuadro comparativo, y remitir las actuaciones a la Comisión de Evaluación, constituida por tres miembros, que debe dictaminar con carácter no vinculante en el trámite de las contrataciones.

El dictamen de la Comisión debe contener el examen de los aspectos formales, la evaluación de las calidades de los oferentes, el análisis de la totalidad de las ofertas presentadas y, por último, la recomendación sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento. Este dictamen debe ser notificado a todos los oferentes en el término de dos días luego de su dictado. A su vez, los oferentes pueden impugnarlo en el plazo de cinco días desde que fue notificado, y quienes no revistan tal calidad también pueden hacerlo en igual plazo desde su difusión en el sitio de Internet, en ambos casos previa integración de la garantía correspondiente.

VIII.3.8. La adjudicación

Finalmente, el órgano competente debe resolver las impugnaciones presentadas contra el dictamen de la Comisión Evaluadora y adjudicar el contrato de modo fundado y definitivo. Este acto debe notificarse al adjudicatario y al resto de los oferentes, dentro de los tres días de su dictado. Finalmente, las impugnaciones contra el acto de adjudicación se rigen por la ley 19.549 y su decreto reglamentario.

Cierto es también que el Estado puede dejar sin efecto el trámite de contratación en cualquier momento, antes del perfeccionamiento del contrato y sin indemnización a favor de los oferentes. Así, el Estado puede archivar el procedimiento de contratación antes del perfeccionamiento, "sin lugar a indemnización alguna a favor de los interesados u oferentes" (art. 20, decreto 1023/2001).

¿Cuál es el criterio legal para adjudicar el contrato estatal? ¿Debe el Estado adjudicar el contrato al oferente que hubiese hecho la oferta de menor precio o la oferta más conveniente?

En primer lugar, el texto del decreto 1023/2001 es muy claro en tanto dice que "la adjudicación deberá realizarse a favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y las otras condiciones de la oferta". Por su parte, el decreto reglamentario dispone 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... b) Adjudicar el contrato al oferente que haya alcanzado mayor puntaje final" (art. 155).

En segundo lugar, el decreto reglamentario expresa que "podrá adjudicarse aun cuando se haya presentado una sola oferta". Y, por su parte, la ley 13.064 establece que el órgano competente debe adjudicar el contrato a la oferta más conveniente, aun cuando se hubiese presentado una sola propuesta.

VIII.3.9. El perfeccionamiento del contrato

El decreto 1023/2001 establece que el contrato queda perfeccionado "en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación".

Por su parte, el decreto reglamentario sostiene que "la notificación de la orden de compra o de venta al adjudicatario producirá el perfeccionamiento del contrato" y "en los casos en que el acuerdo se perfeccionara mediante un contrato el mismo se tendrá por perfeccionado en oportunidad de firmarse el instrumento respectivo". A su vez, "el cocontratante deberá integrar la garantía de cumplimiento del contrato dentro del término de cinco días de recibida la orden de compra o de la firma del contrato" (arts. 96, 97 y 98).

La Ley de Obras Públicas señala que "entre la Administración Pública y el adjudicatario se firmará el contrato administrativo de obra pública". En igual sentido, el legislador agregó que el contrato queda perfeccionado "con el cumplimiento de los preceptos enunciados en los precedentes artículos, sin necesidad de otros trámites" (art. 24).

VIII.4. La causa y motivación de los contratos

En este contexto, debemos seguir con el análisis de los elementos del contrato según la matriz del art. 7º de la ley 19.549.

Así, en los apartados anteriores hemos visto los elementos competencia, objeto y procedimiento, estudiemos ahora la ***causa***, es decir los antecedentes de hecho y derecho y, luego, la motivación.

¿Cuáles son los *antecedentes de hecho* de los contratos?

Por un lado, ***la planificación o programación de la contratación*** y, por el otro, la previsión del gasto en el presupuesto estatal.

En este sentido, el art. 6º del decreto delegado establece que cada jurisdicción realizará su ***programa de contrataciones*** según la naturaleza de sus actividades. Así, las unidades ejecutoras deberán proyectar su plan de contrataciones por el período de un año, salvo casos de excepción. En sentido concordante, el decreto reglamentario se refiere en su Capítulo IV a la programación de las contrataciones.

Si bien en principio la programación es claramente potestad del Estado, cierto es que éste puede recibir propuestas de los particulares e incorporarlas en sus planes de contrataciones mediante el instituto de la iniciativa privada.

El programa de contrataciones y su ejecución deben ajustarse a los ***créditos asignados por la Ley de Presupuesto.*** Por ejemplo, en el marco del contrato de obra pública, es necesario, con carácter previo, requerir la aprobación del proyecto y el presupuesto respectivo por los órganos competentes. Así, dice la ley que "no podrá llamarse ni adjudicarse obra alguna, ni efectuarse inversiones que no tengan crédito legal". Sin embargo, el legislador previó la siguiente excepción: en caso de reconocida urgencia podrán realizarse obras nuevas o reparaciones, solicitándose luego el crédito al Congreso, y si éste no se pronunciase al respecto durante el período ordinario de sesiones correspondiente, debe interpretarse que el crédito fue autorizado (art. 7º).

En síntesis, el Estado sólo puede contratar si existe crédito presupuestario suficiente, salvo casos de excepción legal, tal como prevé la Ley de Obras Públicas. Por tanto, en principio, el contrato celebrado sin previsión presupuestaria es nulo.

Sin embargo, la Corte en el caso *Liberdinsky* (1987) expresó que "el acto de convocar a la recepción de ofertas sin crédito disponible es legítimo pues los fondos son obtenibles con posterioridad a través del trámite del art. 7º, ley 13.064; o en todo caso el acto es regular y susceptible de saneamiento (arts. 15 y 19, ley 19.549)".

Hemos detallado los antecedentes de hecho, veamos ahora cuáles son los *antecedentes de derecho.*

El régimen jurídico, es decir, los antecedentes de derecho, está integrado por *los principios generales, la ley, el decreto reglamentario, los pliegos de condiciones generales, los pliegos de condiciones particulares y, en ciertos casos, el contrato en sí mismo o las órdenes de compra.*

Finalmente las contrataciones deben estar motivadas (***elemento motivación***) en los mismos términos que exige la LPA en relación con los actos administrativos, es decir, "deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto".

VIII.5. La finalidad de los contratos

La finalidad que persigue el Estado por medio de los contratos administrativos es alcanzar "los resultados requeridos por la sociedad... coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración", según el texto del art. 1º del decreto 1023/2001.

A su vez, creemos que el Estado sigue, en el marco específico de los contratos, otros fines instrumentales, esto es, el desempeño eficiente de sus actividades (obtener el mejor producto o servicio, con el menor costo posible).

Por último, cabe recordar que en el caso *"OCA"* (1998), la Corte sostuvo que "las alegaciones del organismo... según las cuales... celebró el convenio de prórroga... sin haber formulado el previo estudio de la propuesta... ni justificado la modificación del precio... aluden en rigor a la existencia de vicios en los procedimientos, en la causa y en la *finalidad* del acto revocado".

Luego, el Tribunal agregó que "la competencia para determinar el precio de las contrataciones que celebre el Estado debe ejercitarse conforme a la finalidad en mira a la cual fue atribuida, que es la de contratar al precio más conveniente y razonable". Los jueces concluyeron que "de acuerdo con el art. 7º, inc. f, de la ley 19.549, excede su poder el funcionario que fija aquél (el precio) con ánimo de liberalidad o a su mero arbitrio".

VIII.6. Las formas de los contratos

Si bien en el Derecho Privado el punto central es la autonomía de las partes contratantes, incluso respecto de las formas del acuerdo, en el ámbito del Derecho Público los aspectos formales y de procedimiento de los contratos son presupuestos esenciales de su validez.

Cabe señalar que el elemento forma está asociado de modo indisoluble con la prueba y validez del contrato.

La Corte en el caso *Hotel Internacional Iguazú* (1987) sostuvo que "en los contratos de la Administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación...".

En igual sentido, "en los contratos en que interviene la Administración, se supedita su validez y eficacia al cumplimiento estricto de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes". Más aún, en caso de incumplimiento de este elemento, el contrato celebrado es nulo e inexistente.

En el precedente *Mas Consultores* (2000), la Corte dijo que "la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas... en cuanto a la forma y procedimientos de contratación". Y luego agregó que "de las constancias obrantes en la causa surge que, en la contratación invocada, no se observaron los procedimientos sustanciales pertinentes ni se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo, tal como exige la normativa".

El Tribunal añadió en el precedente *Ingeniería Omega* (2000) que "la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia".

En igual sentido se expidió la Corte, años después, en los autos *Indicom S.A.* (2004). Allí agregó que "esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (arts. 975 y 1191 del Código Civil)".

La Corte reiteró su criterio en el caso *Lix Klett* (2012). Allí dijo que "no es posible hacer lugar a una acción basada en obligaciones que derivan de acuerdos verbales cuando, en razón de la normativa aplicable, los contratos administrativos con un objeto como el de las prestaciones de autos debían ser celebrados con las formalidades que establece el derecho administrativo para su confección"; y añadió que "en el caso no se cumplió con los procedimientos propios para las contrataciones con el Estado y la actora no logró acreditar la efectiva prestación del servicio. Como consecuencia de ello, no se tramitó la habilitación presupuestaria y, por ende, no se obtuvo la conformidad por la autoridad de turno para el pago de las facturas reclamadas. Por lo tanto, más allá de las intimaciones de pago que la actora hubiera efectuado, que en este caso, resultan infructuosas, corresponde aplicar la doctrina del silencio negativo". Finalmente, sostuvo que "la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa no es procedente en el *sub examine*, toda vez que ello importaría una grave

violación al principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de cobro de pesos en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada".

A su vez, el contratista estatal no puede, en principio, desconocer el incumplimiento de las formas contractuales porque tiene un deber de diligencia calificado.

IX. LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS Y SUS EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

Una vez definido el concepto de contrato administrativo y analizados sus elementos y particularmente su formación y perfeccionamiento, cabe entonces estudiar el trámite de ejecución del contrato.

IX.1. Las cláusulas exorbitantes en el trámite de ejecución de los contratos

En este contexto es donde surgen con más fuerza las llamadas cláusulas exorbitantes respecto del Derecho Privado, como nota peculiar de los contratos estatales. En efecto, el cambio más sustancial ocurre, entonces, cuando pasamos al proceso de desarrollo, ejecución y extinción de los contratos.

Cabe aclarar que el Estado puede usar potestades extraordinarias mediante cláusulas exorbitantes, pero con ciertos límites. Pues bien, ¿cuáles son las facultades exorbitantes en particular, y cuál es su contenido?

En tal sentido, el art. 12 del decreto 1023/2001, como ya adelantamos, es una buena guía en el camino que nos hemos propuesto. Este precepto dice que el Estado, sin perjuicio de las otras facultades que estén previstas en la legislación específica, los reglamentos, los pliegos y los otros documentos, ejerce especialmente las siguientes potestades:

a) interpretar el contrato y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. En particular, los "actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la ley 19.549";

b) dirigir, controlar e inspeccionar la ejecución del contrato y, en particular, inspeccionar las oficinas y los libros del contratante;

c) calificar las situaciones de incumplimiento e imponer las penalidades;

d) modificar el contrato por razones de interés público. Aumentar o disminuir el monto total del contrato hasta en un veinte por ciento, y prorrogar los contratos de suministro y prestación de servicios por única vez y por un plazo menor o igual al del contrato inicial. En igual sentido, "los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la ley 19.549";

e) exigir el cumplimiento del contrato, salvo caso fortuito, fuerza mayor, o actos o incumplimientos de las autoridades públicas nacionales o propios que tornen imposible la ejecución del contrato, y

f) recibir, aceptar o rechazar las prestaciones contractuales.

Las prerrogativas que hemos enumerado hasta aquí son propias del trámite de ejecución del contrato, en tanto, respecto de la *extinción* de éste cabe señalar como prerrogativas estatales, las siguientes:

a) revocar el contrato por sí y ante sí, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia;

b) revocar por sí y ante sí el contrato por razones de ilegitimidad;

c) rescindir el contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratista (caducidad), calificando los incumplimientos y las eventuales responsabilidades de éste;

d) ejecutar directamente el contrato, y

e) apropiarse y ejecutar las garantías.

En particular, el inc. a) del art. 12 dice que el Poder Ejecutivo puede "decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas", y agrega que "los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgadas por el art. 12 de la ley 19.549 y sus modificatorias". Recordemos que este precepto establece que los actos estatales gozan de presunción de legitimidad y tienen fuerza ejecutoria con los límites que prevé el propio texto de la ley.

IX.2. La interpretación de los contratos

El Código Civil en su art. 1198 dice 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 previsión".

Por su parte, el Código de Comercio, en su art. 217 establece que "las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo". Luego, el art. 218 dice cuáles son las bases que deben seguirse en el método interpretativo. Por ejemplo, "habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos", y "las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuando el que corresponda por el contexto general", entre otras.

¿Cabe aplicar estas normas sobre interpretación del Derecho Privado y, en particular de los contratos, a los contratos administrativos?

En el marco del Derecho Público el concepto quizás más aceptado es que el Estado debe interpretar el contrato según el interés público comprometido y, a su vez, imponer su criterio sobre el contratista con alcance ejecutorio, es decir, de modo coactivo —sin perjuicio de que éste puede recurrir ante el juez—. Es decir, la regla hermenéutica básica es el interés colectivo.

A su vez, el Estado debe resolver cualquier controversia que surja entre él y el contratista sobre la interpretación del contrato y resolverlo por sí mismo, con carácter obligatorio y coactivo; es decir, sin suspensión de las prestaciones y sin intervención del juez. Este es un aspecto sumamente relevante porque los conflictos alrededor del contrato no suspenden el cumplimiento de éste.

¿Puede el Estado interpretar de cualquier modo el contrato? Obviamente que no, sino que debe hacerlo de conformidad con el bloque normativo vigente. Una de las reglas básicas —además del principio de legalidad y el interés colectivo que persigue el Estado— es el *principio de buena fe* entre las partes.

La Corte sostuvo que "no es ocioso recordar que todo contrato —sea cual fuere su naturaleza— debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público" (caso *Astarsa*, 2006).

Por su parte, el decreto delegado 1023/2001 establece que "la autoridad administrativa... especialmente tendrá: a) la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cum-

plimiento". Pero, además, el decreto agrega en el mismo apartado que "los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la ley 19.549 y sus modificatorias".

En síntesis, el Estado debe resolver las dudas sobre la interpretación del contrato y dictar los actos consecuentes que gozan de presunción de legitimidad y cuya fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlos en práctica por sus propios medios.

IX.3. El cumplimiento de las obligaciones

El Estado debe básicamente —como ya hemos dicho— pagar el precio convenido en el plazo pactado, recibir los bienes o servicios y, en su caso, recomponer el contrato.

Por su parte, el contratista debe cumplir con el objeto o prestación en el plazo convenido, dar las garantías del caso, recomponer el contrato, y ejecutarlo por sí mismo salvo casos de excepción y con autorización del Estado contratante.

Una de las diferencias quizás más relevantes entre el Derecho Público y el Privado es que en el marco de este último cualquier parte puede obligar a la otra al cumplimiento de las obligaciones contractuales (art. 505, CC). Es decir, en el Derecho Privado el incumplimiento contractual no se resuelve necesariamente con el pago de las indemnizaciones, sino que las partes pueden obligar a la otra parte al cumplimiento de las obligaciones convenidas, por sí o por terceros.

Por el contrario, el Estado sí puede incumplir sus obligaciones por razones de interés público, en cuyo caso el contratista no puede obligarlo, por sí o por medio del juez, al cumplimiento de sus obligaciones —sin perjuicio del pago de las indemnizaciones correspondientes—.

Por otro lado, el particular debe cumplir con sus obligaciones y cuando pretende resolver el contrato debe —en principio— seguir cumpliendo sus compromisos y reclamar judicialmente. Es decir, en principio no puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones, por eso el alcance de la excepción de incumplimiento contractual es más limitado en el campo del Derecho Público. Sin embargo, el contratante sí puede dejar de cumplir sus compromisos cuando se torne imposible la ejecución del contrato por fuerza mayor, caso fortuito, hecho del príncipe o incumplimiento de las obligaciones del Estado, debiendo iniciar, en tal caso, las acciones judiciales para extinguir el contrato.

IX.4. La dirección del contrato

El Estado dirige y controla el desarrollo y ejecución contractual y, en este sentido, puede inspeccionar y fiscalizar el cumplimiento de las prestaciones. En este contexto, el Estado puede dictar órdenes y, en caso de incumplimientos, aplicar sanciones.

Por su parte, la Ley de Obras Públicas dispone que "el contratista no podrá recusar al técnico que la autoridad competente haya designado para la dirección, inspección o tasación de las obras", sin perjuicio de que el responsable de la interpretación de los planos, provisión o uso indebido de materiales y sistemas de construcción o implementos patentados es el contratista y no el Estado.

En definitiva, el Estado contratante dirige y controla la ejecución del contrato mediante órdenes y, en caso de incumplimiento, por aplicación de sanciones y penalidades.

Así, si el contratista no cumple con sus compromisos, el Estado puede obligarlo mediante la aplicación de sanciones y penalidades o, en su caso, rescindir el contrato y ejecutar las garantías en concepto de indemnización.

Por el contrario, vale recordar una vez más que el particular no puede compeler al Estado al cumplimiento del acuerdo, ni tampoco rescindirlo sin intervención del juez.

IX.5. La excepción de incumplimiento contractual

En primer lugar, es necesario aclarar cuál es el contenido de la excepción de incumplimiento contractual en los términos del art. 1201 del Código Civil. Este precepto establece que "en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo".

En igual sentido, el art. 510 del Código Civil sobre las obligaciones en general, dispone que "en las obligaciones recíprocas, uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir la obligación que le es respectiva".

Es importante destacar que el objeto de la excepción de incumplimiento es simplemente "enervar la pretensión contraria, quedando agotados sus efectos en el aserto: no cumplo porque tú incumpliste antes", no extendiéndose al campo de la resolución del contrato como sí ocurre respecto del pacto comisorio.

¿Cabe aplicar la excepción de incumplimiento contractual en el Derecho Público?

El decreto 1023/2001 establece que el empresario tiene "la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo... incumplimientos... de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato".

De modo que sólo en este caso extremo y si el Estado —por ejemplo—pretende compeler al particular judicialmente al cumplimiento de las obligaciones contractuales, éste puede oponer la excepción bajo estudio.

En estas circunstancias, el particular —además de oponer tal excepción— debe reconvenir por rescisión contractual en razón del incumplimiento de las obligaciones contractuales del Estado, es decir, reclamar ante el juez la extinción del acuerdo porque éste se tornó de cumplimiento imposible —inc. c) del art. 13 del decreto 1023/2001—.

Téngase presente que el Estado puede por sí solo rescindir el contrato por culpa del contratista, y ejecutar directamente el contrato por sí o por otro.

Habitualmente el Estado recorre este camino, sin perjuicio de que puede exigir el cumplimiento del contrato —por sí mismo o, cuando ello no sea posible, por medio del juez—. En este supuesto, el particular sólo puede oponer la excepción cuando el incumplimiento del Estado haya tornado imposible la ejecución del acuerdo. De todos modos, incluso en este contexto, el objeto central bajo debate es la rescisión contractual más que la excepción de incumplimiento. ¿Por qué? Porque en el marco del Derecho Público la excepción sólo procede cuando se tornase "imposible la ejecución del contrato".

¿Puede el contratista incumplir sus obligaciones en los casos de incumplimiento estatal? Creemos que el contratista sólo puede incumplir el contrato, sin intervención judicial de carácter previo, cuando existe imposibilidad de ejecutarlo.

Es decir, en este caso extremo el particular puede dejar de cumplir sus obligaciones por sí. En los otros casos —cuando el incumplimiento del Estado no torne imposible el cumplimiento de las obligaciones de aquél— éste sólo puede reclamar la suspensión y, en su caso, el cumplimiento o rescisión contractual ante el juez.

La Corte en el antecedente *Cinplast* (1993) sostuvo que "el agravio referente a que no está verificada la razonable imposibilidad de la actora de cumplir las obligaciones frente al incumplimiento de la otra

parte... demuestra con suficiencia que el hecho de la demandada no provocó en el cocontratante una razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones a su cargo, según la documentación agregada e informe pericial".

¿Cómo interpretó, entonces, la Corte los hechos del caso? Veamos. Cinplast dejó de cumplir sus obligaciones contractuales y ello resultó injustificado porque, según el criterio del Tribunal, el contratante particular sólo puede hacerlo cuando el incumplimiento estatal constituya un hecho que imposibilite el cumplimiento de sus obligaciones. En el presente caso, el incumplimiento estatal fue menor de modo que no impidió el cumplimiento de las obligaciones contractuales del particular. Por eso Cinplast debió haber continuado con sus compromisos contractuales, sin embargo no lo hizo, e incumplió así el contrato.

IX.6. El régimen sancionador

El decreto 1023/2001 distingue entre penalidades y sanciones. Por un lado, las penalidades son las siguientes: a) pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato, b) multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones, y c) rescisión por su culpa. Por el otro, las sanciones —en caso de incumplimiento de sus obligaciones— son: a) el apercibimiento, b) la suspensión, y c) la inhabilitación.

¿Por qué el legislador diferenció entre las sanciones por un lado, y las penalidades por el otro? Las penalidades son tipos —infracciones— circunscriptos al marco contractual específico, en tanto las sanciones y sus consecuentes exceden el contrato puntual. Así por ejemplo, las suspensiones e inhabilitaciones.

Una vez aplicada una sanción, "ella no impedirá el cumplimiento de los contratos que el proveedor tuviere adjudicados o en curso de ejecución ni de sus posibles ampliaciones o prórrogas, pero no podrán adjudicársele nuevos contratos desde el inicio de la vigencia de la sanción y hasta la extinción de aquélla" (art. 133 del decreto reglamentario).

Finalmente, cabe añadir que el decreto reglamentario establece el plazo de prescripción (dos años), pero no es claro si se refiere al plazo de las acciones (es decir, el plazo de que dispone el Estado con el objeto de perseguir los incumplimientos del contratista) o de las sanciones (el plazo de que dispone el Estado con el propósito de ejecutar las sanciones ya dictadas).

IX.7. La modificación del contrato por razones ajenas a las partes (revisión contractual)

En ciertos casos, el contrato es modificado por decisión de las partes contratantes. Por caso, cuando el Estado resuelve alterar el objeto o prorrogar el plazo del contrato.

Sin embargo, cierto es que existen hechos o circunstancias ajenas a las partes que constituyen causales de modificación contractual. Cabe aclarar que estas circunstancias, tal como veremos luego, pueden constituir simplemente hechos modificatorios del contrato o, en ciertos casos, extintivos del vínculo.

IX.7.1. El hecho del príncipe

¿Qué es el hecho del príncipe? Es un acto u omisión de las autoridades públicas de carácter imprevisible que incide en el trámite de ejecución del contrato. Es importante remarcar que las conductas estatales constitutivas del hecho del príncipe no son propias del órgano o ente contratante sino de otros poderes, órganos o entes del Estado.

Así, el hecho del príncipe puede tratarse de un acto de alcance general o particular de cualquier órgano o ente no contratante del Estado, pero de igual orden jurídico, es decir nacional, provincial o municipal.

¿Cómo está regulado el hecho del príncipe en el ordenamiento jurídico positivo? El Código Civil, en la nota al art. 514, dice que "los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, o fuerza de príncipe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos".

Por su parte, el decreto 1023/2001 establece que el contratante tiene la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo... *actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales*... de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato.

El hecho del príncipe puede tornar más oneroso el cumplimiento de las obligaciones del contratista particular o lisa y llanamente trastocar el contrato en un acuerdo de cumplimiento imposible. En el primer caso, el Estado debe compensar y, en el segundo, tal como veremos más adelante, indemnizar los daños y perjuicios causados.

Por otro lado, entendemos que cuando el contrato fuese de cumplimiento imposible por el hecho del príncipe, el particular puede

dejar de cumplir con sus obligaciones y reclamar judicialmente su resolución.

Finalmente, cabe recordar que la Corte se refirió al hecho del príncipe, entre otros precedentes, en los casos *Martínez Suárez de Tinayre* (1986) y *Bustos* (2004).

IX.7.2. La teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión consiste en la existencia de hechos extraordinarios, imprevisibles, sobrevivientes y ajenos a las partes que producen un excesivo sacrificio para cualquiera de ellas en el marco de la relación contractual. Es decir, hechos que eran imprevistos e imprevisibles por las partes contratantes al momento de celebrarse el contrato. Habitualmente *el hecho es de carácter económico.*

El art. 1198, segunda parte, del Código Civil, introdujo por medio de la ley 17.711 (1968) la teoría de la imprevisión en los siguientes términos: "en los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato".

El legislador agregó que "no procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".

Así, la decisión judicial sobre el reajuste o resolución del contrato, en los términos del art. 1198, CC, sólo procede cuando están presentes los siguientes presupuestos:

a) hechos extraordinarios e imprevisibles, es decir, acontecimientos no habituales según el curso normal y habitual de las cosas o imposibles de prever —aun cuando el sujeto hubiese actuado de modo diligente—. Por tanto, el hecho imprevisible no es propio del riesgo del contrato;

b) nexo de causalidad entre el hecho extraordinario e imprevisible y la excesiva onerosidad sobreviviente, y

c) falta de mora o culpa de la parte perjudicada.

La Corte sostuvo —por ejemplo— en el caso *Intecar* (1979) que "el aumento de los costos de producción ocurrido como consecuencia de

un proceso inflacionario desatado ya a la época de la orden de compra: mayo de 1971, no puede considerarse un acontecimiento imprevisible, porque desde años atrás había sido continuo el aumento de salarios e insumos industriales".

A su vez, el Tribunal señaló en el antecedente *Chediak* (1996) que "si bien es cierto que dicha doctrina ha sido receptada en materia de contratos administrativos en aquellos supuestos en que la alteración del equilibrio se origina en causas ajenas a la voluntad del Estado (alea económica), también lo es que para que ella sea admisible deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles —posteriores a la celebración del contrato administrativo— y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones". Luego, agregó que "al ser la actora una empresa especializada en construcción de obras, lo cual le otorga un acceso indudable a toda la información referida al rubro en el cual opera, no podía desconocer la evolución del mercado... por ello no puede admitirse que el actor invoque la imprevisibilidad del hecho en que sustenta su pretensión".

¿Cuáles son *las consecuencias jurídicas de la teoría de la imprevisión*? Básicamente la parte perjudicada puede iniciar acciones judiciales por recomposición o resolución del contrato.

Es cierto que el Código sólo prevé —en principio y en términos literales— el supuesto de extinción del contrato, pero cierto es también que el remedio mayor comprende el menor, esto es, la modificación contractual. ¿Por qué? Por el principio de continuidad y conservación del acuerdo.

¿Es aplicable la teoría de la imprevisión en el Derecho Público? ¿En qué términos?

Por un lado, el régimen general de contrataciones (decreto 1023/2001) señala que el contratista tiene "el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo". De modo que el decreto delegado prevé y regula por sí mismo el instituto de la imprevisión que coincide sustancialmente con el Código Civil.

Si bien el codificador previó —en tales casos y expresamente— el derecho de resolver y recomponer el contrato, el decreto 1023/2001 sólo incluyó en términos literales el derecho de recomponerlo.

Sin embargo, el derecho de resolución del acuerdo nace —según nuestro parecer y en el campo del Derecho Público— de un criterio hermenéutico integral del decreto. Así, el derecho de resolución del particular en caso de imprevisión es posible cuando el hecho extraordinario e imprevisible torne imposible la ejecución del contrato.

De todos modos, creemos que la diferencia entre ambos regímenes (público/privado) es que el Estado, cuando fuese parte perjudicada, no debe recurrir judicialmente con el objeto de revisar o resolver el contrato, sino que puede hacerlo por sí y ante sí. Por su parte, el particular debe recurrir ante el juez solicitándole su recomposición o resolución.

Sigamos. La regla básica es que en el camino de la recomposición las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones porque el hecho o acontecimiento no es imputable a ninguna de ellas.

En otras palabras, en caso de imprevisión no procede el reconocimiento del daño emergente ni el lucro cesante, sino simplemente la compensación de los perjuicios entre las partes. Así, éstas deben coparticipar los riesgos sobrevenidos y causantes de la alteración del equilibrio económico del contrato.

¿Cualquiera de las partes —Estado y particular— puede invocar la teoría de la imprevisión? Creemos que sí según cuál sea el afectado por el desequilibrio económico, con la salvedad —como ya dijimos— de que el Estado puede hacerlo por sí y ante sí, es decir, sin intervención judicial.

Si bien el Estado puede recomponer el contrato sin el acuerdo del contratista, cabe agregar que una vez planteado el conflicto por el particular en sede judicial, el juez podrá recomponerlo o resolverlo —según cuál sea el planteo del actor—. A su vez, el contratista puede reclamar judicialmente la resolución, pero el Estado puede por su parte reconvenir por recomposición contractual.

La Corte se ha expedido sobre este instituto en los ya citados precedentes *Chediak*, *Intecar* y en los casos *Dulcamara* (1990), *Astilleros Príncipe* (1997) y *Desaci* (2005), entre otros.

IX.7.3. La modificación del contrato por el Estado contratante (ius variandi)

El decreto 1023/2001 reconoce que el Estado puede modificar el contrato (art. 12).

¿Cuál es el fundamento del *ius variandi*? El carácter cambiante del interés público y la necesidad de adaptar las conductas estatales en torno de él. Así, el Estado, en ciertos casos, debe modificar el obje-

to del contrato con el propósito de adaptarlo, pero siempre que estén presentes las siguientes circunstancias:

a) el cambio de las condiciones sea objetivo;

b) las modificaciones del objeto contractual sean necesarias y razonables, y

c) no se altere el fin y la sustancia del contrato, respetándose además los límites legales y el equilibrio económico del acuerdo.

En tal sentido, el ejercicio del poder estatal de modificar unilateralmente el contrato debe resguardar no sólo el derecho del contratista, sino también el principio de igualdad respecto de terceros (oferentes).

¿Cuál es el límite de la potestad estatal de alteración del contrato? Tengamos presente que la potestad estatal de modificar el contrato —más allá de los derechos del contratante particular y su reparación, esto es, el equilibrio económico— puede rozar o quebrar otros principios propios del proceso contractual estatal, por ejemplo, el principio de igualdad entre los oferentes y la libre concurrencia entre éstos.

En este contexto, es posible afirmar que el Estado no puede modificar el fin y el objeto contractual, este último en su aspecto sustancial. Pero sí puede alterar otros aspectos, por caso, el plazo y la extensión del objeto.

Además, como ya dijimos, el Estado —en caso de modificación del objeto— debe respetar el equilibrio económico del contrato. Por caso, si la modificación unilateral del contrato lesionase derechos adquiridos, entonces, el Estado debe indemnizar.

La Corte se expidió sobre este instituto, entre otros antecedentes, en el caso *Praderas del Sol c. Municipalidad de General Pueyrredón* (2004).

IX.7.3.1. La modificación del objeto

Según los términos del decreto 1023/2001, el Estado puede aumentar o incluso disminuir el monto total del contrato (prestaciones) en un veinte por ciento (en más o menos) y en las condiciones y precios estipulados entre las partes. Es, entonces, básicamente una modificación del objeto del contrato y no de su plazo.

A su vez, cabe recordar que —en el marco del régimen general—, el Estado no puede prorrogar el contrato cuando hubiese modificado

su objeto, entremezclando entonces las potestades estatales de modificación del objeto y el plazo contractual en términos de límites entre unas y otras, sin embargo este criterio ha sido modificado por el decreto reglamentario. Así, "la limitación a ejercer la facultad de prorrogar el contrato... (***sólo***) será aplicable en los casos en que el uso de la prerrogativa de aumentar el contrato hubiese superado el límite del veinte por ciento..." (art. 124, b), 2.).

En conclusión, el Estado puede modificar el objeto con límites claros. Así, las modificaciones de las prestaciones tienen un tope material máximo, esto es, el veinte por ciento, en más o menos.

Sin embargo, puede ocurrir que la modificación sea inferior al veinte por ciento, pero que aún así altere sustancialmente el contrato. Sin embargo el legislador no previó este supuesto, de modo que —en principio—, el Estado puede hacerlo dentro de ese límite. Por nuestro lado, creemos que no es razonable. Es decir, el límite no sólo debe ser material (más o menos el veinte por ciento), sino también sustancial (prohibición de alterar el acuerdo).

¿Puede el Estado modificar el objeto contractual (prestaciones convenidas) por más del veinte por ciento si existe acuerdo con el particular contratante? En otras palabras, ¿el límite del veinte por ciento es un tope material y objetivo, o es simplemente un estándar que permite al particular —a partir de allí— rescindir el contrato por causas imputables al Estado o renegociar el acuerdo?

Recordemos que antes de la reforma introducida por el decreto 666/2003, el art. 12 del decreto 1023/2001 establecía que las ampliaciones no podían exceder el 35%, aun con el consentimiento del contratante. Sin embargo, creemos que en principio cualquier modificación del objeto en más del veinte por ciento debe ser interpretado como un supuesto objetivo de resolución contractual.

Por su parte, el decreto reglamentario establece los siguientes criterios:

a) los aumentos o disminuciones del monto del contrato hasta el límite del 20% son una facultad unilateral del organismo contratante;

b) los aumentos o disminuciones de más del 20% requieren la conformidad del contratante y, en caso de rechazo, no le crea ninguna responsabilidad;

c) en ningún caso los aumentos o disminuciones pueden ser mayores al 35%;

d) las modificaciones deben realizarse sin variar las condiciones y los precios unitarios adjudicados.

La ley 13.064 establece distintos casos de modificaciones del contrato por parte del Estado (arts. 30, 37 y 53 inc. a).

En conclusión, si bien es verdad que el Estado puede modificar de modo unilateral el contrato, el ejercicio de esta potestad no es ilimitado ya que el marco jurídico prevé ciertos límites cuantitativos (por caso el veinte por ciento del convenio), cualitativos (el órgano contratante no puede desvirtuar el objeto y fin del contrato), y, por último, el equilibrio entre las partes (el Estado, en ciertos casos, debe compensar económicamente al contratista en el marco de los precios convenidos originariamente).

IX.7.3.2. La modificación de los precios

En el desarrollo de este tema subyacen básicamente dos concepciones. *Por un lado*, la idea de que el contratista debe hacerse cargo de los riesgos propios del contrato y, *por el otro*, el criterio de colaboración entre Estado y contratista y, consecuentemente, el concepto de que éstos deben compartir los riesgos de modo de conservar el equilibrio económico del acuerdo.

Es posible mencionar y sólo a título de ejemplo, los siguientes casos de modificación de los precios contractuales, a saber: inflación, alteración de los costos, modificación del objeto en más o menos, y hechos ajenos e imprevisibles.

En el supuesto de modificación del objeto (mayores o menores prestaciones y, por tanto, monto) o prórroga del plazo (es decir, más plazo y por tanto mayores prestaciones y monto), el precio es aquel que pactaron las partes, de modo que no existe alteración del precio relativo y sí —claro— en términos absolutos por aumento o disminución de las prestaciones.

Sin embargo, existen ciertas excepciones que prevé la ley, es decir, modificaciones del precio relativo. Veamos tales casos.

1- Si la alteración del contrato fuese superior, en más o menos, del veinte por ciento del valor de algún ítem, por error en el presupuesto o por modificaciones ordenadas por el Estado, en tal caso las partes tienen derecho a que se fije un nuevo precio unitario.

   Si no hubiese acuerdo entre las partes, el Estado puede realizar el trabajo directamente o por otro, y el particular contratista no tiene derecho a reclamar por ningún concepto (art. 38, ley de Obras Públicas);

2- el supuesto de imprevisión por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles;

3- las prórrogas (opción a favor de la Administración) de los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios debiéndose realizar en las condiciones pactadas originariamente, pero "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 en el contrato original. En caso de no llegar a un acuerdo, no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades (art. 124, decreto 893/2012).

Además, es sabido que la ley 23.982 y, luego, la ley 25.561, prohíben la actualización e indexación de precios, incluso en este último caso dejando sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las de indexaciones basadas en índices de precios de otros países.

Sin embargo, el decreto 1295/2002 dispone que "los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista cuando los costos de los factores principales que los componen... hayan adquirido un valor tal que reflejen una variación promedio de esos precios superior en un diez por ciento (10%) a los del contrato...".

La Corte se expidió acerca de los límites del *ius variandi* en relación con el precio contractual en el precedente *Marocco* (1989). Allí, el contrato celebrado fue objeto de cuatro modificaciones. A su vez, el incremento en los costos durante la ejecución de la cuarta modificación indujo a la empresa a plantear la actualización de los montos convenidos, lo que suscitó una controversia en torno a cuál debía ser la fórmula de reajuste aplicable. Para el Estado no debía aplicarse la fórmula polinómica prevista en el pliego, sino el método de índices adoptado con posterioridad, criterio que determinaba una considerable disminución en el saldo a favor de la empresa. El Tribunal hizo lugar a la demanda y señaló que, a la luz de lo prescripto en el art. 1197 del Código Civil, la posibilidad reconocida a la Administración de alterar los términos del contrato en función del *ius variandi* no puede extenderse a supuestos como el analizado, en el que no se había alegado ni probado cuál era el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario de la contratista. En este sentido, "observó que la oferta más la cláusula de reajuste constituyen el precio del trabajo, que pactado de esa forma representa para el adjudicatario un derecho de carácter patrimonial amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional".

IX.7.3.3. La prórroga del plazo contractual

Finalmente, el Estado puede prorrogar el plazo del contrato cuyo objeto es el suministro de bienes de cumplimiento sucesivo o prestación de servicios, por única vez y por un plazo igual o menor que el del acuerdo inicial, siempre que esté previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares. A su vez, cuando el contrato fuese plurianual sólo puede prorrogarse por un año.

X. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

El contrato se extingue obviamente cuando el contratista cumple con el objeto o, en su caso, por el vencimiento del plazo.

Sin perjuicio de ello, y como paso previo, es necesario distinguir entre los siguientes conceptos sobre los modos anormales de extinción de los acuerdos:

a) la *revocación* es el acto estatal que extingue el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o por cuestiones de ilegitimidad (vicios del acuerdo);

b) la *rescisión* es el acto de extinción por culpa de alguna de las partes o por acuerdo entre éstas y, por último,

c) la *resolución* es la extinción por hechos extraños a las partes (esto es, imprevisión, caso fortuito, fuerza mayor o hechos del príncipe). Analicemos estos conceptos por separado.

X.1. La resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor

En primer lugar, vale recordar qué es el caso fortuito o fuerza mayor. Dice el Código Civil en su art. 514 que "caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse". Por su parte, el art. 513 del Código dispone que "el deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuanto éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquel constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor".

En síntesis, la fuerza mayor o caso fortuito son *hechos de la naturaleza o del hombre* de carácter imprevisible y claramente ajenos a las partes.

Por su lado, el decreto delegado 1023/2001 señala que el contratante está obligado a cumplir con las prestaciones por sí mismo y en

todas las circunstancias "salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural... de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato" (art. 13, inc. c).

Cabe señalar que, en el Derecho Público y particularmente en el decreto 1023/2001, el caso fortuito y la fuerza mayor son "de carácter natural", y en el marco de la Ley de Obras Públicas (ley 13.064) comprende no sólo los acontecimientos de origen natural extraordinarios que impidan al contratista la adopción de medidas necesarias para prevenir sus efectos sino también "los que tengan causa directa en actos de la Administración Pública".

En particular, la Ley de Obras Públicas establece que el contratista tiene derecho a rescindir —según nuestro esquema el concepto es resolver— el contrato "por caso fortuito y/o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato" (art. 53, ley 13.064). Es más, el particular puede reclamar por los daños, sin perjuicio de que el art. 54, inc. f), de la ley rechaza el lucro cesante. En efecto, dice la ley que producida la rescisión del contrato, las pérdidas, perjuicios y daños "serán soportados por la Administración", es decir, el "importe de los equipos, herramientas, instalaciones, útiles y demás enseres necesarios para las obras" que el contratista no desee retener y "los materiales acopiados y los contratados en viaje o en elaboración, que sean de recibo". Sin embargo, "no se liquidará a favor del contratista suma alguna por concepto de indemnización o de beneficio que hubiera podido obtener sobre las obras no ejecutadas". Entonces, el Estado debe indemnizar y su alcance es el daño emergente, con exclusión del lucro cesante.

Cabe remarcar que en las obras públicas, el caso fortuito es también un supuesto de revisión contractual, en cuyo caso el empresario tiene derecho a que el Estado le indemnice por los gastos y perjuicios causados (art. 39, LOP), sin perjuicio de que el hecho no sea imputable a éste.

La Corte se expidió sobre esta causal —entre otros— en los precedentes *Cacik* (1992), *Chediak* (1996) y *Cartellone* (2003).

En el primero de los casos citados, el Tribunal (1992) sostuvo que "si bien es cierto que la fuerza mayor no excluye la responsabilidad del comitente de la obra pública —art. 39, ley 13.064— la Cámara declaró inaplicable al caso la norma invocada, señalando —con acierto— que la rescisión del contrato con fundamento en la fuerza mayor fue peticionada por la actora, lo que impide el resarcimiento de las pérdidas por lucro cesante con arreglo a lo dispuesto por los arts. 53 y 54, inc. f),

de la mencionada ley de obras públicas, que excluyen, en estos casos, la indemnización del beneficio sobre la obra no ejecutada".

Luego, en el antecedente *Chediak* (1996), la Corte adujo que "el recurrente intenta encuadrar su pretensión en el art. 39 de la ley 13.064, norma que establece un régimen especial en esta materia, poniendo a cargo de la administración el perjuicio sufrido por el contratista en los casos en que ella taxativamente determina que son aquellos que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, entendiéndose por tales, "a) los que tengan causa directa en actos de la administración pública, no previstos en los pliegos de licitación", y "b) los acontecimientos de origen natural extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos".

Sin embargo, "la situación que invoca el recurrente... no encuadra... en ninguno de los supuestos mencionados por la norma transcripta, pues no se trató en el caso de hechos de origen natural extraordinarios ni de actos de la administración; por el contrario, los hechos fueron originados por una situación particular del mercado que habrían impedido a la actora obtener el material para la construcción de la obra".

Finalmente, concluyó que "al establecer el art. 39 de la ley 13.064 un régimen de excepción —modificatorio de los principios del derecho común— éste debe ser interpretado en forma restrictiva. Ello es así ya que, a diferencia de lo que sucede en el derecho civil, en el que el caso fortuito o la fuerza mayor implican una situación jurídica en la cual, a pesar de mediar inejecución, el deudor queda exento de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones —art. 513 del Código Civil— en el contrato de obra pública se otorga al contratista estatal, además, el derecho a ser indemnizado".

Por último, en el caso *Cartellone* (2003), tampoco se configuró el estándar del caso fortuito o fuerza mayor. Así, el Tribunal señaló que "la falta de previsión, por parte de la apelante, del costo de transporte de agua para la construcción resultó equivocada... el art. 39 de la ley 13.064, ...desecha toda posibilidad de indemnización al contratista cuando los perjuicios sean ocasionados por culpa del contratista, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables...".

X.2. La resolución del contrato por actos del Estado no contratante (hecho del príncipe)

En este punto es necesario distinguir entre los actos del Estado contratante y los actos de otros órganos o entes del Estado. Así, cuando el incumplimiento es causado por cualquier otro órgano, ente o poder estatal, entonces, el caso debe ubicarse en el marco del ***hecho del príncipe*** como hecho impeditivo del cumplimiento de las obligaciones; es decir, en este supuesto existe imposibilidad de ejecución contractual, liberándose al deudor, siempre que el hecho hubiese resultado imprevisible.

El Estado debe indemnizar en caso de resolución contractual por hechos del príncipe, pero ¿cuál es el alcance de la reparación? Desde el análisis de los precedentes de la Corte es posible inferir que el alcance de la indemnización por el hecho del príncipe debe ser pleno, de modo que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Ello surge —según nuestro criterio— de los casos *Sánchez Granel* (1984), *Ruiz Orrico* (1993) y *El Jacaranda* (2005) sobre revocación por inoportunidad, que cabe trasladar al caso bajo análisis.

En particular, en el caso de las obras públicas, cabe remitirse a los arts. 53 y 54 de la ley 13.064 (el daño, sin el lucro).

X.3. La resolución del contrato por hechos naturales (imprevisión)

Otro supuesto de resolución del contrato por hechos ajenos —extraordinarios e imprevisibles— es la teoría de la imprevisión que, en principio, obstaculiza o dificulta su cumplimiento pero que, en ciertos casos, puede tornarlo de ejecución imposible.

Así, como ya hemos visto, la imprevisión es un supuesto de modificación y recomposición contractual, sin embargo en ciertos casos es un camino de resolución del acuerdo. En tal contexto, las partes no tienen derecho a indemnización por los daños y perjuicios.

X.4. La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia

Como ya hemos visto el Estado puede unilateralmente extinguir el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en cuyo caso el contratista tiene derecho a indemnización, pero no puede reclamar en ningún caso el lucro cesante.

Así, el art. 12 del decreto 1023/2001 establece expresamente 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". Y, en sentido concordante, el decreto reglamentario dispone 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, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado" (art. 121).

¿Qué dijo la Corte al respecto? Adelantemos que la Corte aceptó el daño emergente y el lucro cesante, particularmente con limitaciones por aplicación del art. 1638, CC, o por cuestiones probatorias.

En el caso *Sánchez Granel* (1984), el objeto de discusión fue la revocación de un contrato de obra pública —antes del inicio de su ejecución— por razones de oportunidad, y los jueces reconocieron el lucro cesante entre los rubros indemnizatorios por las siguientes razones:

1) en caso de responsabilidad estatal por actividades lícitas, la indemnización debe ser plena, salvo razones de fuerza mayor, estipulaciones contractuales o disposiciones legales en sentido contrario;

2) el art. 18 de la LPA no dice cuál es el alcance de la indemnización en caso de revocación de los actos estatales por razones de inoportunidad, falta de mérito o inconveniencia, de modo que el camino interpretativo más razonable es el reconocimiento del "lucro cesante antes que su prohibición";

3) la no aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones. El art. 10 de la ley 21.499 dispone expresamente que "no se pagará el lucro cesante", pero su aplicación en términos extensivos sobre otros institutos es irrazonable porque el régimen expropiador "supone una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso".

4) En este contexto, el Tribunal consideró necesario recurrir por vía analógica al art. 1638 del Código Civil. ¿Qué dice este precepto? "El dueño de la obra, puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener por el contrato. Empero, los jueces podrán reducir equitativamente la utilidad a reconocer si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia".

Otro antecedente relevante es el caso *Ruiz Orrico* (1993) sobre revocación por el Estado de un contrato administrativo de obra. El Tribunal siguió aquí el criterio del antecedente ya citado *Sánchez Granel* en relación con la aplicación del art. 1638 del Código Civil.

Luego, en el precedente *El Jacarandá* (2005), el actor, titular de una licencia para la explotación de una estación de radiodifusión, demandó la nulidad del acto administrativo que dejó sin efecto el acto de adjudicación.

El Tribunal adujo que "en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas". No obstante, la Corte concluyó que "no se ha probado en este litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, lo cual impide revertir la decisión de la Cámara sobre el punto".

Más adelante, la Corte ratificó este criterio en los autos *IMSA* (2009), en donde sostuvo que la decisión del Estado de revocar el contrato "estuvo justificada por la privatización del servicio y la liquidación de la empresa estatal", es decir, el Estado actuó de modo lícito. Sin embargo, la legitimidad de la conducta estatal "no lo releva de la obligación de resarcir los daños". El Tribunal dispuso que "resultan procedentes tanto el reclamo por el sulfato listo para despacho que no pudo ser entregado, como el lucro cesante correspondiente a los meses de junio a diciembre de 1993. Ello es así, porque tanto la imposibilidad de vender esa cantidad de sulfato, como la frustración de las ganancias para ese año, fueron consecuencia directa e inmediata de la rescisión anticipada del contrato".

Por último, cabe recordar que en el Derecho Privado las partes no pueden dejar de cumplir sus obligaciones en razón de su propio interés porque, en tal caso, la parte cumplidora puede obligar y exigir a la otra el cumplimiento de sus compromisos por medio del juez. Por su parte, el Estado sí puede incumplir, revocar el acuerdo, y desentenderse simplemente con el pago de las indemnizaciones correspondientes.

X.5. La revocación por razones de ilegitimidad

En este caso el Estado decide resolver el contrato por los vicios que éste tiene en sus orígenes, o por aquellos que sobrevienen en su desarrollo. El contrato es, entonces, nulo y es necesario extinguirlo y expulsarlo así del mundo jurídico.

La Corte sostuvo en el antecedente *Praderas del Sol* (2004) ya citado, que "la potestad que tienen los órganos administrativos para enmendar sus actos anteriores, encuentra justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por aquellos actos administrativos irregulares, esto es, los que ca-

recen de las condiciones esenciales de validez por hallarse afectados de vicios graves y ostensibles en su forma, competencia o contenido".

Luego, el Tribunal agregó que "los actos administrativos firmes que provienen de autoridad competente, llenan todos los requisitos de forma y se han expedido sin grave error de derecho en uso regular de facultades regladas, no pueden ser anulados por la autoridad que los dictó".

Cabe señalar que el Estado puede rescindir el contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratante ante sí y por sí, sin intervención judicial, pero no puede revocar el acuerdo por razones de ilegitimidad cuando hubiesen nacido derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

Finalmente —en caso de revocación o nulidad judicial del acuerdo—, las partes deben restituirse las cosas que hubiesen recibido, y si no fuere posible, devolver el valor equivalente.

X.6. La rescisión por incumplimiento de las obligaciones del contratista

En este caso, cuando el contratista no cumple con sus obligaciones, el Estado debe extinguir el contrato —sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial—, y con las siguientes consecuencias: a) pérdida de las garantías del cumplimiento del contrato, b) responsabilidad del contratista por los daños causados al Estado, en particular con motivo de la celebración del nuevo contrato, y c) otros gastos a cuenta del proveedor (art. 123 del decreto reglamentario). Por ejemplo, si el contratista cede el contrato sin el consentimiento del órgano competente, entonces, el Estado debe rescindir el contrato de pleno derecho y sin necesidad de interpelación.

En el campo del contrato de obra pública, la ley dispone que el Estado tiene derecho a rescindir el contrato cuando el contratista: 1- actúe de modo fraudulento, con grave negligencia, o incumpla las obligaciones y condiciones contractuales; 2- ejecute las obras con lentitud y, consecuentemente, los trabajos no puedan realizarse en término —en tal caso, el Estado debe exigirle al contratista que acelere los trabajos y si no lo hace debe rescindir el contrato—; 3- exceda el plazo fijado para el inicio de las obras —sin embargo, el Estado puede prorrogar el plazo si el contratista prueba que la demora obedece a causas inevitables y ofrece cumplir su compromiso—; 4- transfiera el contrato, se asocie con otros o subcontrate, sin la autorización del Estado y, finalmente, 5- abandone o interrumpa la obra por más de

ocho días en tres oportunidades y dentro del término de un mes continuado (art. 50, ley 13.064).

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas cuando el Estado decide rescindir el acuerdo por culpa del particular contratante?

Por un lado, no corresponde indemnización alguna a favor del contratista. Más claro y razonable, *el particular no tiene derecho a indemnización por las pérdidas y perjuicios causados por su propia culpa*. Por el otro, la Ley de Obras Públicas sigue el mismo criterio, sin perjuicio de que el contratista debe responder, entre otros, por los perjuicios que sufra la Administración en razón del nuevo contrato o por la ejecución directa de la obra.

En verdad, el Estado ante el incumplimiento del contratista puede optar entre exigir el cumplimiento, aplicando las penalidades del caso más los daños y perjuicios, o rescindir el contrato por sí y ante sí, sin intervención judicial.

X.7. La rescisión del contrato por razones imputables al Estado

Este supuesto nace cuando el Estado no cumple con sus obligaciones contractuales, es decir, el incumplimiento del contrato es por hechos propios del Estado en el marco contractual.

Así, excluimos el hecho que comúnmente llamamos hecho del príncipe y los hechos ajenos o extraños a las partes.

La ley de obras públicas dice que el particular puede rescindir el contrato cuando:

a) las modificaciones que introduzca el Estado o los errores en el presupuesto sobre la extensión o el valor de las obras supere en un veinte por ciento en más o en menos el valor total de éstas;

b) se suprima totalmente un ítem;

c) la Administración suspenda por más de tres meses la ejecución de las obras;

d) la Administración no entregue los elementos o materiales a su cargo y, como consecuencia de ello, el contratista deba suspender las obras por más de tres meses o reducir el ritmo del trabajo durante ese tiempo en más de un cincuenta por ciento;

e) el Estado no cumpla con la entrega de los terrenos o el replanteo de la obra y hayan transcurrido treinta días desde el vencimiento del plazo respectivo.

¿Cuáles son las consecuencias de la rescisión del contrato? Recordemos que aquí la ruptura del vínculo es por causas imputables al Estado contratante. Veamos.

1) El contratista tiene derecho al cobro de los equipos, herramientas, instalaciones, útiles y demás elementos que no tenga interés en retener, previa valuación de común acuerdo, y según los precios contractuales.

2) El contratista tiene derecho a cobrar el importe de los materiales acopiados y contratados, y de los gastos improductivos que fuesen consecuencia de la rescisión del contrato.

3) El contratista tiene derecho a transferir los contratos celebrados para la ejecución de las obras, sin pérdidas para él.

4) El contratista tiene derecho —en caso de que haya ejecutado trabajos— a la recepción provisional y, luego de vencido el plazo de garantía, a requerir la recepción de carácter definitivo. En tal caso no tiene derecho al cobro de gasto improductivo alguno; y, por último,

5) el contratista no tiene derecho al cobro de suma alguna por los beneficios que hubiera podido obtener por las obras no ejecutadas (art. 54).

En sentido concordante, el decreto 893/2012 dice que cuando la Administración rescinde por causas no imputables al proveedor, éste tiene derecho a recuperar los gastos, pero no el lucro cesante.

Por nuestro lado, y sin perjuicio de los textos legales antes citados que sólo reconocen el daño emergente, creemos que si el Estado incumple sus obligaciones contractuales originarias, debe responder de modo pleno, esto es, el daño emergente y el lucro.

Sin embargo, distinto es el caso cuando el contratista rescinde el contrato por otras razones imputables al Estado, tal es el caso de las prórrogas o modificaciones debidamente justificadas. Aquí el alcance de la indemnización es parcial (el daño y no el lucro) porque existen claras razones de interés público que permiten colocar este supuesto bajo el marco de las revocaciones por razones de oportunidad.

8. El pacto comisorio en el Derecho Público

El art. 1204 del Código Civil dice que "en los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso" (pacto comisorio).

Luego el legislador agregó que "no ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora, transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios".

Entonces, el pacto es procedente siempre que: a) se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, b) la parte que ejerce la potestad de resolver el contrato haya cumplido con sus obligaciones u ofreciese hacerlo, y c) el incumplimiento sea relevante de modo que justifique la ruptura de la relación contractual.

Finalmente, la resolución del contrato es legal y no judicial, es decir, la parte cumplidora no debe recurrir ante el juez, sino que resuelve el contrato por sí y ante sí en los términos del art. 1204, CC.

En síntesis, el pacto comisorio tiene dos peculiaridades. *Por un lado*, el reconocimiento del derecho del acreedor, ante el incumplimiento de la otra parte, de optar entre: a) exigir el cumplimiento de las obligaciones del contrato, o b) directamente su resolución. *Por el otro*, la resolución del acuerdo es legal y automático, es decir, "transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más", esto es, sin intervención judicial, "las obligaciones emergentes del contrato".

¿Es aplicable este instituto propio del derecho civil en los contratos administrativos? Recordemos en este punto de nuestro análisis, y antes de avanzar en su desarrollo, que la Corte reconoció la incorporación de la excepción de incumplimiento contractual en el campo del Derecho Público siempre que el incumplimiento estatal torne de cumplimiento imposible las obligaciones del particular contratante.

Pero, ¿cuál es el vínculo entre la excepción de incumplimiento y el pacto comisorio? Por un lado, la excepción es un supuesto de justificación del incumplimiento de las obligaciones contractuales por la falta de cumplimiento de los compromisos de la otra parte. Por el otro, el pacto comisorio es más que eso, es decir, es un supuesto de resolución contractual por disposición legal y por incumplimiento de las obligaciones del otro.

Sin embargo, cierto es que el pacto comisorio, igual que la excepción que prevé el art. 1201 CC, está apoyado en el incumplimiento del otro.

En otras palabras, ¿qué ocurre ante el incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes? En tal caso, el cumplidor puede: a) oponerse ante el reclamo del otro que le exige el cumplimiento de las obligaciones —excepción—; b) exigir el cumplimiento, mediante la intervención del juez, de las obligaciones del incumplidor, o c) resolver legalmente el contrato —pacto comisorio—.

Retomemos, entonces, la pregunta anterior, ¿puedo aplicar el pacto comisorio en el Derecho Público? La Corte aceptó la aplicación del pacto comisorio en el marco de los contratos administrativos en el precedente *Herpazana SRL c. Banco Nación s/ contrato administrativo* en los siguientes términos: a) el incumplimiento estatal debe ser grave, esto es, constitutivo de un supuesto de imposibilidad razonable de cumplimiento de las obligaciones del particular y, además, b) el pacto comisorio implícito *en los términos del art. 1204, CC,* no es propio de los contratos administrativos.

X.9. Las otras causales de extinción

El decreto reglamentario dice que, en el caso de concesión de uso de bienes del dominio público o privado del Estado, el Estado puede aceptar la continuación de la concesión siempre que los derechohabientes o el curador unifiquen la personería y ofrezcan garantías suficientes (art. 189).

La Ley de Obras Públicas establece que el contrato también queda rescindido en caso de muerte, quiebra o concurso civil del contratista, salvo que los herederos o el síndico en caso de quiebra o concurso ofrezcan continuar con las obras en las condiciones oportunamente convenidas.

Cabe agregar —entre las causales de extinción— la incapacidad sobreviniente del particular contratista o la extinción de la personalidad jurídica en el caso de las sociedades.

Por último, es posible que las partes convengan la rescisión del contrato de común acuerdo, siempre —claro— que no existan razones imputables al particular por incumplimiento de sus obligaciones.

XI. LA IMPUGNACIÓN DE LOS CONTRATOS

El decreto reglamentario establece que "los recursos que se deduzcan contra los actos administrativos que se dicten en los procedimientos de selección se regirán por lo dispuesto en la ley 19.549..." (art. 11).

Más allá de ello, los aspectos controversiales en este contexto son dos, a saber,

a) *primer asunto,* ¿debe el interesado impugnar cada acto en particular o simplemente el acto de perfeccionamiento o extinción del contrato? Es decir, ¿es necesario impugnar cada acto o simplemente el acto final?, y

b) *segundo,* ¿el interesado debe impugnar judicialmente el acto contractual —cualquiera fuese— en el marco de la LPA (90 días hábiles judiciales)?

Los tribunales y en particular la Corte, creen que el Título IV de la ley 19.549 es aplicable en el ámbito contractual. En conclusión, el interesado debe impugnar el acto en el plazo de 90 días hábiles judiciales.

En igual sentido, la Cámara Federal contestó este punto en el fallo plenario *Petracca* (1986) al sostener que el Título IV, LPA, es aplicable en materia contractual. Es decir y digámoslo una vez más, el interesado debe impugnar el acto contractual, según el criterio judicial, en el plazo de 90 días hábiles judiciales.

Por su parte, el primer interrogante es más complejo (¿debe impugnarse cada acto en particular?). La Corte sostuvo, en un primer momento, en el caso *Mevopal* (1985) que el Título IV —LPA— no es aplicable, esto es y en el punto que aquí nos interesa, que el particular no debe impugnar cada acto.

Sin embargo, el Tribunal dijo luego —en el precedente *Gypobras* (1995)— que el Título IV de la LPA es aplicable y, consecuentemente, el particular debe impugnar el acto en el plazo del art. 25 de la ley.

No es claro, tal como sostienen ciertos intérpretes, si el cambio de criterio judicial comprende el hecho de que deba impugnarse cada acto en particular, o si su doctrina sólo alcanza al modo y plazo de impugnación del último acto, esto es, el acto extintivo del contrato.

Este interrogante fue contestado también por la Cámara Federal en el antecedente antes citado, es decir, el caso *Petracca.* Aquí los jueces sostuvieron que debe impugnarse cada acto en particular, de modo que no es posible hacerlo por medio del acto final.

En síntesis, *el criterio de la Corte* es que:

(a) el particular debe impugnar el acto dictado en el marco contractual estatal en los términos del art. 25, LPA;

(b) sin embargo, no es claro su criterio respecto de la necesidad de impugnar los actos por separado o si basta con la impugnación del acto de adjudicación o extinción del contrato (acto final).

XII. La participación en los procedimientos contractuales

El decreto 1023/2001 señala —entre sus principios— que las contrataciones públicas deben facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado y la participación real y efectiva de la comunidad (art. 9º).

En particular, uno de los mecanismos puntuales de participación que prevé el régimen vigente es la convocatoria a los interesados con el objeto de que formulen observaciones sobre el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, en razón de la complejidad o el monto del contrato.

A su vez, según el decreto "toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá tomar vista del expediente por el que tramite un procedimiento de selección, con excepción de la documentación amparada por normas de confidencialidad o la declarada reservada o secreto por autoridad competente" (decreto 893/2012).

Este régimen debe completarse con el decreto 1172/2003 que hemos estudiado en los primeros capítulos de este manual.

XIII. La transparencia y eficiencia en las contrataciones del Estado

En este punto —*transparencia*— es necesario recordar que la Convención Interamericana contra la Corrupción dispone que los Estados Partes convienen en considerar la aplicación de medidas preventivas destinadas a crear, mantener y fortalecer, entre otros, "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".

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala que "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 los siguientes principios:

a) transparencia,

b) competencia, y

c) objetividad, (es decir, criterios objetivos de decisiones que sean eficaces para prevenir la corrupción).

Estos sistemas, según la Convención de las Naciones Unidas, deben cumplir con los postulados de:

1) difusión pública de la información sobre los procedimientos de contratación pública y contratos, licitaciones y adjudicaciones;

2) formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación, así como su publicación;

3) aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública;

4) mecanismos eficaces de examen interno y sistemas de apelación con el objeto de garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos, y

5) 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" (art. 9º).

En el mismo orden de ideas, el decreto delegado 1023/2001 establece que el trámite de contratación debe llevarse a cabo en un contexto de transparencia que se basará, entre otros aspectos, en la publicidad y difusión de las actuaciones administrativas.

Respecto de la *eficiencia*, el decreto 1023/2001 introduce el formato y la firma digital en el marco de las contrataciones estatales "con el propósito de adecuar la normativa a las posibilidades del desarrollo científico y tecnológico operado en materia de comunicaciones e informática" (considerando del decreto 1023/2001). En este contexto es posible enviar ofertas, informes, documentación, comunicaciones, impugnaciones y recursos en formato y con firma digital. El Estado, por su parte, está obligado a aceptarlos y, a su vez, puede notificar en iguales condiciones.