

CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL

por Juan Carlos Cassagne

1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: RELATIVIDAD DE LOS TÉRMINOS CONVENCIONALES Y DIFERENTES CATEGORÍAS JURÍDICAS DE CONTRATOS PÚBLICOS

El campo de la contratación pública presenta tal serie de matices que se torna prácticamente imposible elaborar una teoría unitaria que abarque con principios comunes todo el universo contractual regido por el derecho público, tanto en el ámbito interno del Estado (del cual se ocupa el derecho administrativo en forma prevaleciente) como en el plano internacional (en el que confluyen diversos derechos y ordenamientos externos cuya aplicación generalizada dependerá del grado de imperio y jurisdicción de la comunidad o entidad internacional sobre el respectivo contrato).

El fenómeno de la contratación pública fue descrito, en la etapa de mayor auge de la tesis “ius administrativa” del contrato, como un sistema radicalmente opuesto al de la contratación privada sin reparar muchas veces en la circunstancia de que lo público y lo privado son categorías históricas que van formando conceptos jurídicos relativos, los cuales no siempre pueden encapsularse en formulaciones rígidas ni unitarias.

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa.

Sin embargo, ello no supone desconocer la ambivalencia a que se presta el hecho de que el Estado (que es siempre una persona de derecho público) celebra también contratos regulados, en punto a su objeto, por el derecho privado, ni tampoco que determinados

contratos celebrados por particulares pasen a regirse por el derecho administrativo, en forma entremezclada con el derecho civil o comercial.

Por lo demás, el contrato público que aparece, en punto a la competencia y al procedimiento de contratación, regido por el derecho administrativo, recibe también la injerencia del derecho internacional público o privado, a través de ordenamientos supranacionales como son los tratados internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, poseen –como mínimo- una jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN) formando parte, en algunos casos determinados, de la Constitución misma, aunque sin alterar su estructura dogmática.

De ese modo, el panorama que ofrece la contratación pública resulta tan complejo como variado siendo difícil concebir un régimen jurídico unitario que agrupe y contenga todas las formas contractuales a las que acude el Estado para alcanzar sus fines.

Ello no quita que la categoría principal en el campo de la contratación pública, regida por el derecho interno, siga siendo la figura del contrato administrativo, sin dejar de reconocer otras especies contractuales, en la que se aplica preponderantemente el derecho internacional y, en menor medida, el derecho administrativo (con la posibilidad de aplicación analógica del derecho privado). Esto acontece con los contratos excluidos del régimen general aplicable a la contratación administrativa, como son “los contratos celebrados 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” así como “los comprendidos en operaciones de crédito público¹”.

Esa variedad de formas y regímenes se advierte, asimismo, en el ámbito interno, respecto de los contratos que celebran la Administración y los demás órganos del Estado, en ejercicio de la función materialmente administrativa (nos referimos aquí al Poder Judicial y al Congreso) los cuales pueden vincularse contractualmente a través de otras figuras como: a) contratos parcialmente regidos por el derecho privado, con o sin cláusulas

¹ Cfr. *Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional*, aprobado por Decreto 1023 de 2001, art. 5° incisos c) y d), en adelante RCAN.

exorbitantes expensas, cuyo grado de aplicación del derecho administrativo depende del tipo y régimen jurídico de cada contrato (vgr. el régimen jurídico de los contratos que realiza el Banco Nación, regidos por el derecho mercantil no es igual al que rige los contratos de objeto privado de la Administración Pública Nacional); y b) contratos inter-administrativos, con caracteres diferenciales en punto al ejercicio de las prerrogativas de poder público, si bien hoy día la tendencia mundial apunta a despojar cada vez más a esta categoría de alguno de sus rasgos diferenciales que antes tipificaban el régimen de selección (vgr. libertad de elección sin sometimiento al principio de concurrencia).

En efecto, tanto en Argentina como en Estados Unidos y Europa, en este último ámbito a través de la influencia que el derecho comunitario ha irradiado en los derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea, se observa una tendencia creciente hacia la “iuspublificación” de los sistemas de contratación estatales,² contrariamente a lo sostenido por MAIRAL³ –que se proyecta incluso hacia los antiguos esquemas contractuales regidos por el derecho privado⁴.

Esa “iuspublificación” se revela nítidamente en las reglas que rigen el proceso de selección que excluyen, en principio, la libertad negocial para elegir el contratante y el reconocimiento de prerrogativas públicas que acompaña la ejecución del contrato, su extinción y los efectos que ella produce. Este proceso se ha llevado a cabo hasta en los países que no utilizaban la figura del contrato administrativo en sus sistemas jurídicos⁵.

² Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *El Contrato Administrativo*, p. 257 y ss., especialmente ps. 266-269, ed. Civitas, Madrid, 2003. Este autor cita numerosos trabajos doctrinarios (nota 294) escritos por juristas europeos de diferentes países –incluso del Reino Unido– que advierten sobre la transformación que se ha venido operando en los sistemas contractuales.

³ MAIRAL, Héctor A., *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED, 179-655 y *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, ED, 180-849.

⁴ Vid ENTRENA CUESTA, Rafael, *La nueva contratación pública*, ps. 30-31, ed. INAP, Madrid, 2002.

⁵ Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *op. cit.*, p. 266 y nota 294.

2. NECESIDAD DE LA REFORMA Y REORDENAMIENTO DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES: SU FUNDAMENTO

A la luz de la evolución operada en los ordenamientos contractuales de aquellos países cuyos regímenes han sido fuente del nuestro, la configuración de nuevos principios generales y la extensión de las reglas de selección fundadas en dichos principios de la institución contractual, cualquiera fuera la condición jurídica del contrato (administrativo o mixto, de objeto privado) y, al propio tiempo, los deberes asumidos en tratados internacionales (vgr. Convención contra la corrupción), se tornaba necesario la reforma y el reordenamiento del sistema que regía, con carácter general (Decreto Ley n° 23.354 de 1956, ratificado por la Ley n° 14.467), los contratos administrativos así como, en particular, el régimen de la obra pública (Ley n° 13.064).

La reforma se llevó a cabo por un Decreto del Poder Ejecutivo dictado en el año 2001⁶ en ejercicio de facultades delegadas, en el marco de la situación de emergencia, sobre materias de administración (art. 76 CN), como son aquellas inherentes a la contratación pública, a través de un nuevo régimen que posee jerarquía legislativa y no reglamentaria.

Fue así que tuvieron que transcurrir cuarenta y cinco años de vigencia de las normas de la Ley de Contabilidad para que, ante el fracaso de sucesivos proyectos legislativos, el Congreso decidiera delegar en el Poder Ejecutivo las facultades pertinentes para dictar el nuevo régimen de contrataciones de la Administración Nacional a fin de suplir la inadecuación del régimen a las cambiantes condiciones que imperan en el campo de la contratación administrativa. En rigor –como se ha destacado- se trata de una regulación integral, siendo la primera vez que ello acontece en el ordenamiento nacional⁷.

El fundamento que preside la reforma del régimen de contrataciones, como en forma reiterada se expone en los considerandos del Decreto 1023/01 se ha basado en la

⁶ Decreto 1023 de fecha 13 de agosto de 2001.

⁷ Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana y DIEZ, Horacio Pedro, *Perfiles de la contratación administrativa a la luz del Decreto 1023/2001*, en REDA n° 44, p. 50, Buenos Aires, 2003.

necesidad de fortalecer la competitividad de la economía, y en el objetivo de mejorar la eficiencia de la Administración Nacional.

Se parte de la creencia que el incremento de la eficiencia de la gestión reviste carácter estratégico por su impacto en el empleo, en la promoción del desarrollo de las empresas privadas y en la competitividad sistémica⁸.

De otra parte, resultaba también necesario adecuar el régimen de contrataciones a la situación existente en materia de comunicaciones e informática legalizando las transacciones electrónicas y los procedimientos que permitan utilizar el formato y la firma digital en la documentación a presentar y en los expedientes administrativos.

Al propio tiempo, el régimen implica, de suyo, la supresión de los diferentes regímenes especiales de contratación vigentes con anterioridad, con la expresada finalidad⁹ de uniformar los procedimientos de selección que utilizan los distintos organismos que componen la Administración Nacional para no encarecer los costos de presentación de las ofertas que, en definitiva, se traslada al precio de los bienes y servicios que paga el Estado.

3. AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

El régimen de contrataciones instituido por el Decreto 1023/01 (en adelante RCAN) se aplica, en primer lugar, a las contrataciones que celebra la Administración Nacional, sus organismos descentralizados o entidades autárquicas¹⁰.

En segundo término, el art. 39 del RCAN prescribe, en forma preceptiva, el deber de reglamentarlo en el ámbito de los Poderes Legislativo y Judicial y del Ministerio Público. Esta norma indica que el ordenamiento se inclina por la concepción material u objetiva

⁸ Cfr. Considerando 4° del RCAN.

⁹ Cfr. Considerando 15° del RCAN.

¹⁰ El art. 2° del RCAN prescribe que el régimen será de aplicación a los procedimientos de contratación en los que sean parte los órganos y entidades comprendidos en el inciso a) del artículo 8° de la Ley n° 24.156 (Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control).

sobre la función administrativa¹¹, de la que la actividad contractual constituye una parte sustancial, cualquiera sea la ubicación del sujeto contratante en los órganos fundamentales del Estado. El hecho de prescribir la existencia de contratos administrativos en el seno de los tres poderes junto al reconocimiento de contratos regidos parcialmente por el derecho privado revelan una pauta normativa clara en punto a la adopción del criterio sustantivo o material para la configuración del contrato administrativo, como se verá seguidamente.

4. AMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN: LA PRESUNCIÓN DE QUE TODA CONTRATACIÓN ES DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA. CONSECUENCIAS

Como regla general, el artículo 1° del Decreto 1023/01 establece la presunción de que toda contratación que realice la Administración Nacional (y por extensión los demás poderes del Estado) se presume de índole administrativa, “salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”.

Esta norma implica establecer, para el contrato que no se presume administrativo, una categorización privada que se apoya en la sustancia o fin del acuerdo, en la medida que los objetivos que se persiguen, en forma inmediata, difieren de los que se procuran en el ámbito de las contrataciones regidas totalmente por el derecho público. Consecuentemente, este paralelismo de figuras conduce a que si para excluir una determinada materia en razón de su sustancia (el precepto utiliza la frase “salvo que de ella” lo cual, obviamente, traduce un criterio material) la determinación del carácter administrativo del contrato no puede hacerse de otra manera que basándose en un criterio similar que permita la comparación, esto es, acudiendo al análisis del objeto o fin del contrato sobre la base de la función administrativa y de las operaciones que constituyen el giro o tráfico que la tipifica.

Veamos ahora cómo juega esa presunción y su excepción de cara al precepto contenido en el art. 4° del RCAN, el cual, al enunciar los contratos comprendidos en el régimen, incluye tanto los contratos administrativos como los regidos parcialmente por el

¹¹ Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana y DIEZ, Horacio Pedro, *op. cit.*, REDA n° 44, p. 58.

derecho privado (contratos mixtos o de objeto privado) en tanto no resulten expresamente excluidos.

Sin embargo, la última parte del art. 1° del RCAN tiene que guardar sentido y coherencia dentro del régimen para tener operatividad ya que no es correcto interpretar que resulta derogado –en ese aspecto- por el art. 4 del RCAN. En tal sentido, el régimen debe aplicarse a todos los contratos que celebran los órganos del llamado sector público en los siguientes aspectos:

- (a) en cuanto al procedimiento que rige la selección de los contratantes¹², al prescribirse el principio de la licitación pública o concurso público como regla general;
- (b) en la aplicación de principios comunes que rigen la contratación en el ámbito de la Administración Pública Nacional, tales como el de concurrencia, competencia entre oferentes, razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido, transparencia en los procedimientos, publicidad y responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que gestionen, autoricen o aprueben las contrataciones¹³, todo lo cual configura la llamada “zona común” de la contratación estatal;
- (c) en lo inherente a las normas que regulan el concepto jurídico que el RCAN denomina “Anticorrupción”, las cuales se aplican indistintamente cualquiera fuera la condición jurídica del contrato de la Administración o el grado de injerencia del derecho público;
- (d) en los preceptos que reglamentan las contrataciones electrónicas.

¹² Cfr. art. 24 primera parte del RCAN.

¹³ Cfr. art. 3° del RCAN. La última parte de esta norma preceptúa que “Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden”. A su vez, la Ley de Ética Pública 25.188 prescribe, entre los deberes de los funcionarios públicos, que éstos observen en las contrataciones públicas los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad (art. 2°, inc. h).

A su turno, cabe preguntarse si el régimen exorbitante¹⁴ -que contiene distintas prerrogativas de poder público- se aplica a los contratos de objeto privado¹⁵.

Al respecto, las prerrogativas del régimen exorbitante tienen necesariamente que acotarse a los llamados contratos administrativos pues, de otra manera, el principio enunciado en el art. 1º última parte del RCAN quedaría desprovisto de vigencia, ya que no habría ninguna distinción de régimen jurídico en los contratos que celebra la Administración Pública, los cuales estarían sometidos a un régimen jurídico unitario.

Una interpretación contraria sería incompatible con la última parte del mencionado art. 1º que consagra la posibilidad de que se celebren contratos sometidos a un régimen jurídico de derecho privado, aunque esta aplicación sea parcial y su grado varíe en cada contrato. En otros términos, las prerrogativas del régimen exorbitante son algo típico del derecho público, no extensibles sin más a los contratos de objeto privado, por cuya razón no integran la denominada “zona común de la contratación administrativa”. Esta es también la tendencia que se advierte en el derecho comparado¹⁶.

Confirma esa interpretación la circunstancia de que la cláusula del art. 1º es específica y presenta una regulación más precisa que la enunciación genérica de los contratos comprendidos en el art. 4º. De otra parte, lo que es aún más importante, si el art. 1º se interpretara en sentido inverso, quedaría éste desprovisto de aplicación, contrariando la regla que indica que la interpretación más razonable es la que permite la coexistencia de regímenes jurídicos diferentes, sin perjuicio de las variaciones que refleje cada contrato en punto a la mayor o menor proporción de elementos públicos o privados en su régimen jurídico, lo cual puede plantearse, particularmente, en los llamados contratos atípicos en los que se combinan elementos de ambas ramas jurídicas, como por ejemplo el contrato de construcción de una obra pública con un fideicomiso o un contrato de préstamo mercantil.

¹⁴ Prescripto en el art. 12 del RCAN.

¹⁵ La existencia de los contratos regulados por el derecho privado, que prescribe el RCAN, conforme a la tesis que venimos sosteniendo a nivel doctrinario siguiendo a MARIENHOFF y BIELSA, ha sido reconocida en recientes trabajos; véase: ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana y DIEZ, Horacio Pedro, *op. cit.*, REDA n° 44, p. 55.

¹⁶ Cfr. arts. 7.2 y 9.2 de la LCAP de España.

5. CONTINUACIÓN: CONTRATOS INCLUIDOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS

Como se ha puesto de manifiesto, el RCAN configura una regulación integral del ordenamiento que rige las contrataciones en el sector público nacional, extendiendo la parte común de la regulación (“zona común de la contratación administrativa”) a los contratos de objeto privado.

No obstante ello, siguiendo una técnica establecida en el ordenamiento español, el RCAN excepciona el principio de regulación integral, prescribiendo cuáles contratos se encuentran expresamente comprendidos y cuáles excluidos de la aplicación del régimen de contrataciones.

Entre los contratos incluidos¹⁷ menciona dos grandes grupos: a) compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a 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 y b) obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

A su vez, los contratos excluidos¹⁸ se enuncian del siguiente modo: 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, sin perjuicio de la aplicación del RCAN cuando así se establezca de común acuerdo entre las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual y las facultades de fiscalización sobre este tipo de contratos que la Ley 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control¹⁹, y d) los comprendidos en operaciones de crédito público.

¹⁷ RCAN art. 3° incs. a) y b).

¹⁸ RCAN art. 5°, incs. a), b), c) y d).

¹⁹ El texto de este inciso contiene las modificaciones introducidas por el Decreto n° 666/03.

Si bien se ha sostenido que la enumeración de los contratos comprendidos tiene sólo carácter enunciativo²⁰ ello es así en tanto se refiera a la “zona común de la contratación administrativa” puesto que a los contratos de objeto privado no se les aplican, en principio, las prerrogativas típicas del régimen exorbitante.

En cambio, la mención de los contratos excluidos se reputa taxativa, lo cual sólo significa la exclusión de dichos contratos del RCAN y no empece a la aplicación analógica de las normas pertinentes de la LNPA para la emisión de los actos vinculados a la formación de la voluntad de la Administración así como a los demás requisitos inherentes a su validez.

6. EL RÉGIMEN EXORBITANTE Y EL CARÁCTER EXPRESO QUE REVISTEN LAS PRERROGATIVAS EN EL ORDENAMIENTO. SU EVENTUAL RENUNCIABILIDAD O LIMITACIÓN

Una cuestión que se venía debatiendo en la doctrina y en la jurisprudencia era la del carácter implícito o no de las cláusulas exorbitantes, también llamadas prerrogativas de poder público, que solían reconocerse comprendidas –implícitamente- en el llamado régimen administrativo del contrato.

Mientras un sector de la doctrina negaba esa posibilidad²¹, otro consideraba que las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas se encontraban comprendidas en el régimen contractual²², como si fueran una suerte de principios generales del derecho público.

²⁰ Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana y DIEZ, Horacio Pedro, *op. cit.*, REDA n° 44, p. 52.

²¹ En este punto, MAIRAL coincide en gran parte con la tesis que hemos venido sosteniendo en trabajos anteriores, aunque con diferentes fundamentos y metodología, véase: MAIRAL, Héctor A., *De la peligrosidad...cit.*, p. 659 y ss. y *El aporte de la crítica...cit.*, p. 854 y ss., y CASSAGNE, Juan Carlos, *La delimitación de la categoría...cit.*, p. 954 y ss.; ver también: PÉREZ CORTÉS, María Jeanneret de, “Acto Administrativo y Contrato Administrativo”, en el libro sobre *Contratos Administrativos*, Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, ps. 144 y 146, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, sostiene acertadamente que: “Es lo público –el sujeto y la actividad o función, con sus fines– lo que determina la existencia de un “régimen de derecho público, exorbitante del derecho privado (en cuanto propio del derecho público y no de las mal llamadas “cláusulas exorbitantes implícitas”) y lo que puede justificar, en su caso, también la existencia de cláusulas exorbitantes, pactadas”. (*op. cit.*, p. 144).

En tal sentido, la prerrogativa de poder público puede concebirse en dos sentidos diferentes, esto es como la propia potestad administrativa o bien, como una facultad que traduce el ejercicio de la potestad.

En el primer caso, existe una evidente asimilación entre prerrogativa y potestad, la cual debe surgir en forma expresa del ordenamiento en cuanto implica el sometimiento a un poder de sujeción, en forma abstracta y genérica, sobre las personas, lo cual no puede disponerse sino por ley (argumento que se funda en el art. 19 de la CN).

Al contrario, la prerrogativa puede concebirse como una facultad que traduce el ejercicio de la potestad, que autoriza a declarar, incluso, inaplicable una determinada prerrogativa o limitar su alcance y efectos, en la medida en que no se contravenga el orden público administrativo ni el fin de interés público relevante²³ que la Administración persigue al celebrar el contrato.

Creemos que esta última interpretación se adecua a lo prescripto en el sistema del RCAN y que todo dependerá, en definitiva, de las prescripciones expresas del pliego de bases y condiciones y de la documentación contractual, tal como lo estatuye el artículo 12 primera parte de dicho Decreto que, al par que consagra la configuración de las prerrogativas de poder público en forma expresa y como parte del régimen exorbitante, permite interpretar que deja abierta la posibilidad de que la Administración se obligue limitando –por ejemplo- la cláusula de rescate, para obtener mejores cotizaciones de los oferentes (frente al menor riesgo que representa el ejercicio pleno de dicha facultad) y favorecer una mayor competitividad y concurrencia.

En otros supuestos, el ejercicio de la prerrogativa debe llevarse a cabo de acuerdo a los límites prefijados, cuando la potestad está expresamente configurada, en cuanto al alcance de su contenido y existen razones de orden público, de moralidad administrativa y

²² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° III-A, p. 80 y ss., ed. Abeledo-Perrot, 3° edición, Buenos Aires, 1983.

²³ DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T° II, p. 455, ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965, señala que la verdadera razón que justifica la prerrogativa de la Administración se encuentra en la relación inmediata del contrato con la satisfacción del interés público.

de promoción de la concurrencia que impiden renunciar al ejercicio de la prerrogativa. Esto acontece, por ejemplo, con relación a la prerrogativa de declarar la caducidad del contrato, en caso de incumplimiento de las obligaciones esenciales a cargo del contratante la cual, en principio, resulta irrenunciable, aunque la norma autoriza a que la Administración pueda estipular, en los pliegos de bases y condiciones o en la documentación contractual (esto último en la contratación directa), los efectos de la declaración de caducidad, rescisión o resolución²⁴.

En cualquier caso, si la Administración no ejerciera su poder para reglamentar, limitar o declarar inaplicable una determinada facultad por razones de interés público, las prerrogativas establecidas en el art. 12 del RCAN integran el régimen jurídico exorbitante del contrato, lo que marca una distinción sustantiva respecto del régimen jurídico de los contratos de objeto privado que puede celebrar la Administración. Estos últimos resultan parcialmente regulados por el derecho administrativo, en punto a la competencia, las formas y, especialmente, las reglas que reglamentan el procedimiento de selección, así como la aplicación de los principios generales que rigen las contrataciones de la Administración (conforme al precepto contenido en el art. 3° del RCAN), entre los cuales no figuran las prerrogativas que integran el régimen exorbitante.

7. APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA LNPA AL CONTRATO ADMINISTRATIVO

A su vez, en el nuevo régimen de contrataciones se modifica la redacción contenida en la última parte del art. 7° de la LNPA, que prescribía la aplicación analógica de las prescripciones del Título III de dicho ordenamiento a los contratos administrativos regidos por leyes especiales.

²⁴ Art. 12 inc. a) del RCAN. La fuente de este precepto es el art. 59 de LCAP n° 2/2000, aunque la norma española sólo se refiere a la prerrogativa de interpretar el contrato, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

La modificación consiste en introducir una fórmula según la cual los contratos que celebran los órganos y entidades del sector público se rigen por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las prescripciones del Título III de la LNPA, “en cuanto fuere pertinente²⁵”.

Aunque la norma parezca decir otra cosa, va de suyo que, la expresión “en lo que fuere pertinente”, limita el alcance de la aplicación directa de los preceptos de la LNPA que regulan el acto administrativo a la realización de un acto previo de hermenéutica que tiene más similitud con la analogía que con la aplicación lisa y llana de cada precepto. Así, la norma remite a un proceso previo de adaptación de cada requisito o precepto legal, a la naturaleza, estructura y fines que persigue la contratación pública en las respectivas leyes especiales. Por esta razón, la modificación establecida adquiere sentido siempre que su aplicación se lleve a cabo en función de su compatibilidad con la institución contractual. Sólo si se da esa compatibilidad procederá la aplicación directa de las normas de la LNPA que regulan el acto administrativo (en sentido estricto) aun cuando el contrato administrativo sea (en sentido amplio) una de las especies del acto administrativo.

8. LA REGLA DE LA EJECUTORIEDAD: LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO

El art. 12 inc. a) del RCAN prescribe que los actos que se dicten en ejercicio de las prerrogativas allí enunciadas tendrán “los caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 de la LNPA”. Aunque era innecesario decirlo –dada la aplicación- “en lo que fuere pertinente” de dicho principio general del acto administrativo prescripto por el art. 36 del RCAN (al modificar el art. 7° de la LNPA) la norma viene a reafirmar la ejecutoriedad como nota típica que poseen los actos administrativos mencionados en la primera parte del inc. f) del art. 12 del RCAN.

En esta materia corresponde aclarar que la ejecutoriedad no constituye una regla absoluta y que lejos de comprender la ejecución coactiva del acto, exige la intervención judicial cuando esta forma de ejecución recae sobre los bienes y/o las personas, salvo casos

²⁵ Art. 36 del RCAN modificadorio del último párrafo del art. 7° de la LNPA.

excepcionales (como, por ejemplo, la autotutela sobre bienes del dominio público), dado que por la “naturaleza” del acto de ejecución (argumento del art. 12 de la LNPA) se trata de una típica función jurisdiccional a cargo de los jueces.

Tampoco procederá la ejecutoriedad, que permite disponer el cumplimiento del acto sin acudir a medios coactivos si el respectivo acto carece de presunción de legitimidad y cuando se prescindiera de la exigencia de cumplir con todos o algunos de los requisitos exigidos por el art. 7° de la LNPA y tratarse de una omisión manifiesta, pues el cumplimiento de esos recaudos resulta preceptivo a tenor de lo prescripto en el art. 11 del RCAN.

9. SOBRE LA ESTABILIDAD DE LOS CONTRATOS Y EL ALCANCE DE LAS FACULTADES DELEGADAS

Casi no se discute, en el campo del derecho administrativo, que la regla de la inalterabilidad de los contratos se encuentra paralelamente acotada por el “ius variandi” y que el equilibrio entre el ejercicio de esta última prerrogativa y el derecho a la estabilidad del contrato se vincula tanto con la seguridad jurídica como con el principio general de la buena fe, el interés público y los derechos patrimoniales del contratista, protegidos por la garantía de la propiedad establecida en el art. 17 de la CN²⁶.

No resulta razonable ni lógico que la alterabilidad del contrato constituya una prerrogativa absoluta e ilimitada de la Administración, como si fuera una suerte de extensión del principio de riesgo y ventura a cargo del contratista. Es evidente que una interpretación autoritaria de la prerrogativa puede desalentar, potencialmente, a los buenos contratistas, al afectarse la seguridad jurídica y hacerse más oneroso el costo de las prestaciones que debe satisfacer el Estado.

²⁶ Sobre el derecho de propiedad de los contratistas, ver SACRISTÁN, Estela B., *Aspectos constitucionales de la renegociación de los contratos de prestación de los servicios públicos*, en Debates de Actualidad. En el sesquicentenario de la sanción de la Constitución Nacional, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XVIII, N° 191, Julio/Octubre de 2003.

En este punto, aunque el RCAN establece límites al ejercicio del “ius variandi”, consagra una regla confiscatoria al prescribir que si el contratista se niega a aceptar la modificación propuesta, el contrato se considera rescindido sin culpa de las partes, lo cual a todas luces resulta inconstitucional pues cercena el derecho de propiedad del contratista (art. 17 CN) y viola el principio de igualdad, al hacerle soportar, de un modo desigual, la carga de los perjuicios derivados de la rescisión del contrato, por razones de interés público.

Por otro lado, se encuentra la facultad de revocar los contratos administrativos por razones de interés público, en cuyo supuesto el citado inc. f) del art. 12 del RCAN prescribe que no se indemnizará el lucro cesante. Este precepto (que no figura en la ley española) altera el principio de la estabilidad contractual generando una gran incertidumbre en los contratistas, lo cual puede gravitar negativamente en las inversiones necesarias para el crecimiento del país.

De todas maneras, aparte de que la revocación por razones de interés público es una figura incompatible con la regla de que los contratos se celebran para ser cumplidos porque son la “lex inter partes” (siendo más afín aplicarla en el ámbito del acto administrativo unilateral o bilateral en sus efectos, que es, en rigor, de donde proviene), como esta especie de extinción posee idéntica “ratio juris” que la expropiación se requiere, en todos los supuestos, el dictado de una ley declarativa de la utilidad pública y un procedimiento reglado para cumplir con el recaudo de la previa indemnización, conforme a lo prescripto en el texto constitucional (art. 17 CN).

Como es obvio, siendo la norma que regula la revocación por razones de interés público el ejercicio de una potestad delegada que corresponde privativamente al Congreso, resulta inconstitucional delegar una atribución legislativa en forma genérica, sin determinar el plazo para su ejercicio y la determinación concreta de la declaración legislativa, como lo exige la ley de expropiaciones²⁷. Esta objeción no nos parece que pueda cubrirse apelando al argumento de la prórroga genérica de la vigencia de las delegaciones que dispuso la Ley

²⁷ Art. 5° primera parte, de la ley 21.499. En cambio, la declaración genérica de la utilidad pública resulta excepcional y se vincula a los proyectos o planes urbanísticos de ejecución diferida (art. 5°, segunda parte, ley cit.).

25.148²⁸, ya que una ley no puede soslayar el cumplimiento de normas constitucionales que, en el caso, son tan claras como taxativas y se encuentran por encima de las leyes.

En suma, resulta peligroso para la seguridad jurídica y el principio de transparencia, que se interprete que las prerrogativas del RCAN revisten carácter absoluto y discrecional, incluso por encima de las garantías constitucionales, permitiendo la consumación de actos susceptibles de provocar la confiscación de derechos patrimoniales y contribuyendo a instrumentar herramientas que, en manos de funcionarios deshonestos, favorecen la corrupción en el seno de la Administración y de los otros poderes del Estado.

10. RECAPITULACIÓN: ALGUNAS CONCLUSIONES Y BALANCE CRÍTICO

De lo expuesto pueden extraerse algunas conclusiones generales a modo de recapitulación final:

- Si bien el RCAN configura una regulación que tiende a ser integral ello no significa que consagre un régimen unitario para todos los contratos que celebra la Administración o los otros poderes del Estado en ejercicio de la función administrativa.
- El régimen del RCAN viene a reafirmar la línea doctrinaria²⁹ y jurisprudencial³⁰ que, aún con matices diferentes, sostiene básicamente la

²⁸ Como lo sostienen ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana y DIEZ, Horacio Pedro, *op. cit.*, REDA n° 44, p. 72.

²⁹ Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...cit.*, T° III-A, p. 53 y ss., 4° ed., Buenos Aires, 1994; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T° II, p. 171 y ss., 6° ed., Buenos Aires, 1964; COVIELLO, Pedro José, “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, ed. La Ley, p. 98 y ss., Buenos Aires, 1994; SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *Primeras reflexiones sobre la tesis de Mairal frente al “contrato administrativo”*, ED, 180-858; y CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, ed. Abeledo Perrot, p. 11 y ss., Buenos Aires, 1999.

³⁰ Véase entre otros pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema: Fallos 313-1:376 (“Dulcamara S.A. v/ ENTEL s/ cobro de pesos”), Fallos 315-1:158 (“Yacimientos Petrolíferos Fiscales v/ Corrientes Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes”); Fallos 316-1:212 (“Cimplast IAPSA S.A. v/ ENTEL Empresa Nacional de Telecomunicaciones”) y Fallos 318-2:1518 (SA Organización Coordinadora Argentina y Secretaría de Inteligencia del Estado de la Presidencia de la Nación”).

concepción sustantiva del contrato administrativo, prescribiendo, en forma expresa, un sistema que regula las prerrogativas públicas en la etapa de ejecución contractual, lo cual pone fin al debate acerca de las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas y reconduce el eje del problema a la interpretación vinculada al ejercicio de las potestades establecidas en la ley y su extensión a los contratos que no revisten carácter administrativo (contratos de objeto privado que celebra la Administración).

- La incorporación al ordenamiento positivo de una serie de principios generales que rigen la contratación estatal constituye una novedad legislativa trascendente, en cuanto ellos tienden a fortalecer la competitividad de la economía, la transparencia, así como la eficiencia de la gestión pública, que hoy día se reconoce que tienen carácter estratégico por su impacto en el empleo. En ese sentido, el establecimiento de la regla de la licitación o concurso público³¹ para la elección del contratista estatal no sólo promueve la competencia entre los oferentes y tiende a que la Administración obtenga las mejores condiciones de precio sino que hace más transparente todo el proceso de selección.
- Se advierte también que el principio de colaboración cuya inutilidad había sido señalada por un sector de la doctrina goza de buena salud, ya que en el RCAN se introduce la posibilidad de que los interesados en participar en una licitación o concursos públicos puedan formular observaciones al proyecto de bases y condiciones particulares³².

³¹Sin embargo, en una línea opuesta a la apertura de la competencia, recientemente se han establecido excepciones al principio de selección por licitación o concurso público, estableciéndose la contratación directa cuando se contrata con universidades o cuando el contrato se celebra entre las jurisdicciones y las entidades del Estado Nacional entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y se refiera a materias tales como la prestación de servicios de seguridad, logística o salud; véase art. 1, decreto 204/2004, mediante el cual se incorporan los acápites 8 y 9 al inc. d) del art. 25 del RCAN. Ver la crítica efectuada al Decreto 204/04 por parte de ROCHA PEREYRA (ROCHA PEREYRA, Gerónimo, *El Decreto 204/04. Un posible retroceso en la contratación pública*, REDA n° 49).

³² Art. 8° del RCAN; así lo afirman ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana y DIEZ, Horacio Pedro, *op. cit.*, REDA n° 4, p. 58.

- Mientras de una parte se amplía la llamada “zona común de la contratación administrativa” por la otra, se frena la huida del derecho público al extenderse el régimen del RCAN a todos los sujetos que componen el sector público, con independencia de su forma pública o privada, siguiendo la línea marcada en el derecho comunitario europeo hacia la prevalencia de los principios y procedimientos de derecho público en los procesos de selección de contratistas, cuando se trate de empresas privadas que disponen de fondos estatales³³.

Las principales críticas que merece el RCAN se centran: a) en el establecimiento de la rescisión sin culpa cuando el contratista no acepte las modificaciones propuestas por la Administración, lo cual altera el principio de la estabilidad del contrato y la seguridad jurídica, creando una regla injusta que carga sobre el particular la lesión a sus derechos contractuales por decisiones adoptadas unilateralmente en función del interés público; y b) en el régimen de la revocación por razones de interés público, mediante una fórmula que, a nuestro juicio, vulnera la garantía constitucional de la propiedad (art. 17 CN). En cualquier caso, creemos que siempre se requerirá el dictado de una ley declarativa del interés público que fundamente la revocación o el rescate.

- No obstante ello, el balance del RCAN puede considerarse que, en líneas generales, contribuye a la seguridad jurídica, pues no obstante advertirse una tendencia orientada a acrecentar las prerrogativas de poder público éstas aparecen en muchos casos compensadas con fórmulas de equilibrio y, en otros supuestos, dejan paso a que la interpretación doctrinaria y jurisprudencial se desenvuelva en un marco justo, es decir de razonabilidad.

³³ Vid: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 9º ed., Tº I, ps. 681-682, Madrid, 1999.