

Sumarios

I. Acerca de las tendencias del derecho administrativo argentino. - II. Las tendencias institucionales remarcables de nuestro derecho administrativo. 1. *El reconocimiento de una única personalidad del Estado y la recepción de la categoría de las personas públicas no estatales*. 2. *La figura del acto administrativo. Trascendencia de la LNPA*. 3. *La estabilidad del acto administrativo creador de derechos*. 4. *La responsabilidad del Estado*. 5. *Los principios generales del derecho*. 6. *La categoría del servicio público*. a) El nuevo sentido de la *publicatio*. b) Principios de interpretación. c) El cuadro de principios y reglas establecidos por la situación de emergencia. - III. Transformaciones operadas en el ámbito de la contratación pública. 1. *Vigencia de la categoría del contrato administrativo*. 2. *El régimen contractual de derecho público*. - IV. Sobre las instituciones del derecho procesal administrativo. 1. *La llamada jurisdicción administrativa primaria*. 2. *La evolución de las principales instituciones y técnicas instrumentales del contencioso-administrativo*. - V. Conclusiones.

En torno a la evolución de las instituciones del Derecho Administrativo argentino y sus principales tendencias

Sin desmedro de lo foráneo, en esta materia, es preciso atenerse primordialmente a lo vernáculo. Así se evitarán muchos equívocos, que a veces comienzan por introducirse en el lenguaje y que luego terminan por provocar una confusión de conceptos que oscurece la comprensión de las instituciones nacionales.

Jorge Tristán Bosch

¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos

para juzgar a la Administración Pública?

Buenos Aires, 1951, pág. 286 (1)

I

Acerca de las tendencias del derecho administrativo argentino

La observación del mundo jurídico permite conocer -cualquiera fueran la filosofía y la lógica que se hallen en la base de las concepciones que sobre el derecho sustente cada jurista- que ese mundo se mueve al compás de una caracterización estable y otra dinámica.

Mientras la estabilidad viene dada por la supervivencia de los elementos clásicos y, fundamentalmente, por la vigencia de los principios generales del derecho como herramientas que afirman la realización de la justicia, el dinamismo se manifiesta por una fuerza continua, que potencia el proceso de transformación de las instituciones para adaptarlas a la realidad socioeconómica y política de cada época histórica.

En ese escenario, las tendencias realistas apuntan a la búsqueda de un justo equilibrio entre el orden, el poder, las libertades y demás derechos fundamentales del hombre para resolver los problemas que agitan a la sociedad política(2). El logro de ese equilibrio depende, en gran medida, de que el derecho positivo no contradiga los principios del derecho natural ni la evolución auténtica y libre de las instituciones sobre la base de una "adecuada laicidad del derecho"(3).

Pero las recetas para superar las crisis, que cada tanto genera el desgobierno de los políticos o el abuso del poder público sobre los ciudadanos, precisan contar con un fondo moral y una acción permanente del Estado que apunte a la realización del bien común con realismo, desechando los enfoques idealistas y racionalistas que en algún momento tuvieron su auge pero que, en la actualidad, resultan arcaicos al igual que las visiones exclusivamente economicistas que predicán ciertos sectores que despojan a la economía de mercado de su sentido social.

Argentina atraviesa hoy día una de las crisis más profundas de su historia. En ese contexto, confirmando una vez más que toda crisis genera un exceso de raciocinio, han despertado algunos de su letargo propugnando determinados cambios en las instituciones a tono con las ideas colectivistas o relativistas que predicán, apoyándose en las más variadas metodologías. Por de pronto, existen autores que, en forma consciente o inconsciente, siguen aferrados al nominalismo, creyendo que los conceptos constituyen nombres o signos convencionales, útiles para la comunicación, sin correspondencia con el mundo objetivo y que la realidad no puede determinar el pensamiento ni ser representada por conceptos abstractos.

Esos pensadores (para llamarlos de algún modo) utilizan la idea como instrumento de la acción política con tanta intensidad y virulencia que la terminan gastando sin aguardar el consenso democrático espontáneo dentro de la sociedad. Es así que dichas corrientes, en vez de partir del ser de las cosas(4), o incluso del problema y del conocimiento teórico conjetural (como Popper), colocan el carro delante del caballo y parten de la idea para elaborar sus construcciones jurídicas. Con esa metodología, la construcción jurídica no puede ser otra cosa que una creación o ficción puramente artificial.

En cierto modo, emplean una técnica similar a la que utilizaba Poe para elaborar sus cuentos, la cual consiste en afirmar primero la idea y luego reconstruir su desarrollo en forma retroactiva(5), alterando artificialmente los elementos reales del proceso histórico que hace a la vida y evolución de las instituciones. De todo se descree y no se reconocen verdades ni sustancias. Es el reino de la duda metódica de Descartes. Más tarde, surge otro reino, el del movimiento, proclamado por Hegel, produciéndose revoluciones, a veces parciales, que se alternan con ciclos de estabilidad(6).

Pero a la larga termina imponiéndose lo real, demostrando la inutilidad de la crítica que se gesta desde el egocentrismo y las ideas preconcebidas. Se olvida que Dios -como dice un proverbio portugués- “escribe rectamente con líneas torcidas” y que es tarea inservible el pretender matarlo todos los días a través del desarrollo de las doctrinas de la Revolución Francesa(7), principalmente, de las concepciones que, como continuación de ese proceso, impulsan el cambio violento al compás de movimientos cuya finalidad central es deformar la realidad(8).

El vaciamiento de los fundamentos del Derecho es otro de los grandes peligros que afronta el sistema jurídico el cual corre casi en forma paralela con la exacerbación del espíritu crítico y destructivo del orden social, modelado en una arquitectura inspirada en una tendencia que, desde sus raíces, ha pretendido poner el eje de la filosofía en la voluntad del sujeto individual o colectivo, ignorando la trascendencia del realismo fundado en la sustancia de las cosas y en los valores de la persona humana.

A ese bagaje de desaciertos que ha venido influenciando la evolución de algunas de las instituciones del derecho público argentino se le añade aun la manía de importar institutos de otros derechos que cuentan con una tradición e idiosincrasia diferentes a la que exhibe la realidad doméstica, con un sistema normativo tan cambiante que hace que en la doctrina haya cada vez menos exégesis(9).

Esa manía, como lo señaló Alberdi en varias partes de su magnífica obra jurídica (producida principalmente durante su largo exilio), parte de una premisa falsa como es la de considerar que nuestra Constitución es una copia de la norteamericana(10). Ello constituye una gran inexactitud científica y una suerte de herejía histórica y jurídica.

Si fuera cierto, nada mejor que seguir los criterios legales, doctrinarios y jurisprudenciales del derecho estadounidense. Pero como nuestra Constitución abreva en otras fuentes y tiene profundas diferencias con la norteamericana, esa operación fracasa al estrellarse con principios y preceptos distintos, arraigados en la tradición jurídica y, sobre todo, al chocar con la realidad propia de nuestra idiosincrasia hispanoamericana que, con sus aciertos y errores, termina siempre por prevalecer, aun a costa de que la sociedad tenga que asumir, de últimas, el costo de la deformación de las fórmulas importadas.

No se puede desconocer, desde luego, la influencia que tuvo la Constitución norteamericana sobre la argentina, particularmente en lo que atañe a las instituciones que se vinculan con la forma federal de gobierno que ambas establecen(11). Pero de allí a pretender una desnaturalización de las fórmulas constitucionales y legales a través del simple expediente de acudir a los criterios del derecho norteamericano media un abismo que nos puede sumir en la inseguridad jurídica, al menos en el terreno de la interpretación constitucional, provocando que ésta resulte contraria al sistema(12) de la Constitución.

Los ejemplos sobran y uno de los más significativos tiene como epicentro la tesis según la cual las instituciones del derecho procesal administrativo argentino, para pasar el test de constitucionalidad, tienen que ser absolutamente fieles al modelo norteamericano. De este modo se olvida que nuestro sistema es más judicialista que aquél (el cual degeneró en el reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria) por imperio de un precepto expreso de nuestra Carta Magna(13), cuya filiación histórica hunde sus raíces en la Constitución chilena de 1833(14), en nuestro derecho preconstitucional(15) y en la Constitución liberal de Cádiz de 1812 (denominada vulgarmente “la Pepa”, cuya respectiva cláusula fue fuente de la fórmula constitucional chilena).

Es evidente que esas deformaciones y otras que se pretenden imponer por el mero apego a la moda amenazan también la estabilidad jurídica del sistema constitucional [cuya originalidad y adaptabilidad a la realidad argentina ha sido motivo de numerosos estudios(16)] tanto como la importación de instituciones que, al no armonizar con nuestras costumbres e idiosincrasia (v. gr., audiencias públicas), terminan deformando la finalidad que persiguen.

En suma, las transformaciones institucionales se agudizan en las crisis y muestran el lado oscuro de los períodos en los que se fractura la capa social, transitoriamente remendada a través de la teoría de la emergencia, la cual comprime el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, particularmente en el campo de las relaciones contractuales.

El desafío más grande estriba en la instrumentación de fórmulas de justicia, muchas veces también de equidad, para pasar de la situación de emergencia a un Estado donde prevalezcan la estabilidad de las instituciones, el reconocimiento de los derechos de las personas frente al Estado, la seguridad jurídica y la autonomía de las provincias(17).

Esto plantea la gran cuestión: ¿hacia dónde irá el Estado en la Argentina? Pensamos que a pesar de las críticas que ha recibido el modelo del Estado subsidiario(18) basado en el principio de la gestión privada de las ex empresas públicas (en gran parte inspiradas en ideologías de signo colectivista) y sin perjuicio de los retrocesos puntuales que, en algún caso pudieran provocar una vuelta al estatismo, el sistema debería mantener el principio de la gestión privada de los servicios públicos, prestados con la mejor calidad y eficiencia posibles y una rentabilidad empresarial adecuada. Si no fuera así, la Argentina se estaría apartando de las tendencias mundiales prevalecientes que practican una economía social de mercado, incluso en países donde gobiernan partidos socialistas (como Chile y España). En tal caso, pronto caeríamos en el ya conocido proceso de anquilosis empresarial y obsolescencia de las prestaciones, junto a la abrupta caída de la inversión en los diferentes sectores.

De elegir ese camino, como la población no podrá soportar el clima enrarecido de ese nuevo escenario (interrupciones del servicio de electricidad, disminución de la tensión, insuficiente presión de gas y cortes rotativos, fallas en el servicio telefónico, etc.) pronto exigirá a los políticos la reprivatización de los servicios.

II

Las tendencias institucionales remarcables

de nuestro derecho administrativo

Tras sumergirse en un proceso general de acendrado estatismo y socialización (entre 1930 y 1960), al que sólo escaparon algunos países como los Estados Unidos de Norteamérica (aunque parcialmente, pues la estatización de las empresas públicas fue algo excepcional) nuestro derecho administrativo emprendió el camino de la huida del derecho público y hasta en alguna parte del desarrollo de ese proceso, pareció inclinarse decisivamente hacia la aplicación de las instituciones del derecho civil y comercial, reemplazando las propias del derecho público.

Este proceso, que tuvo muchas causas (entre ellas, la burocracia ineficiente y las malas administraciones de las empresas públicas) no sólo se ha detenido sino que ha dado lugar, al menos en nuestro suelo, a un verdadero renacimiento de las instituciones del derecho público (como ha ocurrido en Europa y en los EE.UU.) algunas de cuyas categorías tradicionales han vuelto a cobrar trascendencia, tales como el servicio público y las figuras concesionales que enmarcan la gestión empresarial privada.

En lo que sigue se intentará hacer una reseña que muestre las transformaciones operadas en las principales instituciones de nuestro derecho administrativo, las que tuvieron comienzo poco antes de la segunda mitad del siglo pasado, manteniéndose vigentes en la actualidad, aun con la movilidad típica de un derecho en constante formación (*in fieri*).

1. El reconocimiento de una única personalidad del Estado y la recepción de la categoría de las personas públicas no estatales

Aun cuando la opinión jurídica moderna no suele ser generalmente afecta a reconocer la paternidad de las ideas o, al menos, de las iniciativas doctrinarias, sería injusto olvidar los extraordinarios aportes que hizo, en su momento, Marienhoff para desentrañar los errores en que incurría la doctrina clásica al sostener: a) que el Estado poseía una doble personalidad (pública y privada) y b) la existencia de personas públicas no estatales (antes de la reforma del Código Civil por la ley 17.711 [ED, 26-961])(19).

Tal como lo señalamos:

Esta nueva categoría jurídica, inspirada en las ideas de Michoud y Sayagues Laso, fue prácticamente elaborada por Marienhoff a medida del derecho público argentino, dotándola de una adecuada fundamentación jurídica y completando los vacíos que exhibía la concepción del gran maestro uruguayo en punto a los requisitos que configuran la persona pública estatal y la distinción entre las personas públicas no estatales y las personas privadas.

De ese modo, el fenómeno contemporáneo que exhibe la actuación de entidades que sin ser estatales persiguen fines de interés público, fenómeno que se traduce en actos regidos, en principio, por el derecho administrativo, encontró a partir de esa teoría, su explicación científica y su encuadre jurídico correcto. Como toda innovación, la recepción de esta categoría fue resistida en sus comienzos pero no tardó mucho tiempo en ser recepcionada en los ordenamientos provinciales y en la legislación nacional. En este sentido, la ley 23.187 de creación del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires ... lo caracteriza -en su art. 17- como una persona jurídica pública no estatal, lo cual es compatible con el régimen jurídico que se le atribuye, caracterizado por la presencia de prerrogativas de poder público. La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó esta concepción en su jurisprudencia sobre la materia(20).

La repercusión de ambas tesis se ha proyectado al plano de las principales instituciones de fondo (acto y contrato administrativo) y adjetivas (procedimiento y proceso administrativo) y actualmente existe una uniformidad doctrinaria advertible en estos temas centrales del derecho administrativo.

En especial, el reconocimiento de la categoría de la persona pública no estatal implica el quiebre de las teorías orgánicas o residuales que definen, incorrectamente, la función administrativa por un dato exclusivamente subjetivo (toda la actividad de los órganos del Estado excluidas las sustancialmente jurisdiccionales y legislativas del Poder Judicial y del Congreso) ya que demuestra, incluso, la posibilidad de que exista actividad administrativa fuera del Estado, atento que se reconoce que otras entidades, no estatales, pueden ejercer funciones públicas(21) y aunque los respectivos actos no sean, estrictamente, actos administrativos, se encuentran regidos, en forma analógica, por sus principios y requisitos.

2. La figura del acto administrativo. Trascendencia de la LNPA

El acto administrativo ha sido definido en base a diferentes criterios, muchos de los cuales no resultan comparables entre sí. En tal sentido, un sector de la doctrina lo caracteriza como una declaración jurídica destinada al plano externo de la Administración. Hay quienes incluyen en el concepto a los actos internos o inter-orgánicos. Lo cierto es que, pese a que no faltan autores que lo han definido como una simple manifestación de voluntad, en la doctrina argentina se ha impuesto la tendencia a considerarlo como una declaración, ya sea ésta de voluntad, de conocimiento o de juicio(22), la cual produce efectos jurídicos directos con relación a los destinatarios privados del acto. De esta forma, dado que la declaración es el resultado de una operación intelectual, se perfila de una manera más nítida la diferencia con los meros hechos administrativos, que implican meros comportamientos materiales de la Administración (ej. orden de demoler un edificio)(23).

Este criterio -que habíamos sostenido en un trabajo anterior(24)- ha sido seguido por la LNPA tras la reforma introducida al art. 9° de la ley 19.549 [ED, 42-917] en el año 1977, en lo que se refiere a la configuración de las llamadas vías de hecho administrativas.

El acto administrativo se presenta siempre en el plano jurídico externo como un producto de la función materialmente administrativa. Aunque esta posición no alcanza a obtener total consenso doctrinario(25), lo cierto es que si se admite -como lo indica la tendencia seguida a partir de la segunda mitad del siglo XX- la existencia de actos administrativos emanados de órganos del Congreso o del Poder Judicial, no cabe sino concluir en que ha terminado imponiéndose, como parte de una interpretación más realista de la llamada "doctrina de la división de poderes", la tesis que ve al acto como el resultado de una función determinada objetivamente (administrativa, legislativa o judicial) y no como un mero producto orgánico.

La adopción de este criterio presenta una ventaja adicional, toda vez que al ser el acto el producto de la función objetiva y material (cuya finalidad es la realización del interés público) se facilita el deslinde con

el acto jurídico de la Administración o eventualmente de otros órganos estatales regido parcialmente por el Derecho Privado (en su contenido u objeto). Al propio tiempo, se abre la posibilidad de que se configuren actos caracterizados por una determinada especialidad que comienza a ser distinguida en el plano jurídico, como acontece con los actos administrativos informáticos(26) y los actos administrativos regulatorios(27).

Otro aspecto que plantea el análisis de la institución es el relativo al alcance de sus efectos, es decir, si sólo cabe comprender en el concepto de acto administrativo a aquellos que producen efectos individuales y concretos en sujetos particulares determinados o determinables, o si también corresponde incluir a los que generan efectos de carácter general, configurando únicamente situaciones abstractas impersonales y objetivas. Sin embargo, no obstante que, en ciertos casos, no resulta tan neta la separación de los efectos que ocasiona el acto en sus destinatarios (por ejemplo, en materia de tarifas de los servicios públicos) el criterio de deslindar el reglamento como un acto con régimen propio, diferenciado y autónomo, producto de la función normativa de la Administración y caracterizado por su incorporación al ordenamiento, torna posible una caracterización más típica que no excluye la aplicación analógica de las normas y principios que integran la categoría del acto administrativo. La doctrina reciente(28) se inclina también por esta última interpretación.

En lo que concierne a la estructura del acto administrativo, también se debaten dos posiciones opuestas, favorecidas por la indefinición de la LNPA. La discusión transita por la posibilidad de que la noción de acto administrativo se ciña al acto administrativo unilateral o comprenda también a aquellos actos bilaterales o plurilaterales en su formación y efectos, especialmente los denominados contratos administrativos o contratos públicos.

En la elaboración de la metodología de las nulidades administrativas, la doctrina(29) y la jurisprudencia(30) han seguido, en general, las líneas teóricas que expusimos en nuestra primera edición de *El Acto Administrativo*(31), dentro de las cuales una de las categorías más significativas es la de la invalidez o ilegalidad manifiesta del acto administrativo que aparte de haber sido uno de los requisitos que abren el amparo(32), ha sido recogida por el ordenamiento que regula el procedimiento administrativo en la Ciudad de Buenos Aires.

La regulación legal de la figura del acto administrativo, no obstante los fines que hacen al interés público, a la observancia de la legalidad y a la eficiencia administrativa, cumple la función de garantizar el equilibrio entre las prerrogativas públicas y los derechos de los ciudadanos.

Como lo hemos señalado(33), “no se puede desconocer que la LNPA abrió una nueva etapa en la evolución del derecho administrativo argentino, el cual, a partir de ella, ha tenido un desarrollo doctrinario jurisprudencial que lo ha colocado en línea con los sistemas más avanzados del derecho comparado...” y “que aun con sus imperfecciones, la LNPA ha cumplido ciertamente la función de juridizar la actividad administrativa proveyendo a los particulares de los instrumentos garantísticos indispensables para afrontar la defensa de sus derechos frente a los actos lesivos de los poderes públicos”. Tal como apuntamos al sancionarse la LNPA(34) ella ha contribuido, en fin, a que la actividad estatal quede acotada en un marco entre la legalidad y la eficacia, brindando la previsibilidad que reclama la seguridad jurídica para regir las relaciones entre los particulares y el Estado”.

Por último, la teoría del acto administrativo se articula dentro de un conjunto de principios que conforman el Estado de Derecho, cuyas bases descansan particularmente en dos de ellos: el principio de legalidad (especialmente aplicable -entre otros- en el campo de las sanciones penales administrativas)(35) y el principio de razonabilidad, los cuales integran el concepto amplio de legitimidad(36).

3. La estabilidad del acto administrativo creador

de derechos

La primera gran transformación que sacudió a nuestro derecho administrativo fue, sin duda, la creación jurisprudencial pretoriana de la llamada “cosa juzgada administrativa”, llevada a cabo en el año 1936, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Carman de Cantón(37)”. ¿Qué estaba en juego? Nada menos que la autonomía del derecho administrativo y la protección de los derechos individuales, particularmente los de propiedad y de libertad.

Esta tendencia a impedir la revocación de los actos regulares en sede administrativa, incluso cuando contenían vicios de nulidad relativa, se consagró en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos dictada en 1972, la cual, al incorporar los preceptos respectivos en los arts. 17 y 18, marcó un adelanto científico de envergadura, incluso de cara al derecho comparado.

Sin embargo, nos parece que las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias posteriores (como la que sostiene la posibilidad de una revocación de oficio en sede administrativa cuando el particular ha tenido un simple conocimiento del vicio) han disminuido el alcance de la protección legal que brindaban aquellas prescripciones(38) ya que la Administración podrá invocar esta excepción para revocar el acto aun cuando el vicio no le fuera imputable al administrado y éste hubiera actuado de buena fe y sin dolo, alegando que el derecho se presume conocido por todos.

4. La responsabilidad del Estado

Al superarse las doctrinas negatorias de la responsabilidad del Estado y las posturas que sostenían que fuera establecida por una legislación especial, se dio un paso de importancia al fundar esa responsabilidad en los principios que conforman el Estado de Derecho, entre los que adquiere mayor gravitación el de igualdad ante las cargas públicas, prescripto por el art. 16 de la CN(39).

De ese punto, por influencia directa de la doctrina en la jurisprudencia(40), como se ha reconocido(41), se pasó a la admisión de una responsabilidad directa y objetiva por las denominadas faltas de servicio, en base a la norma contenida en el art. 1112 del cód. civil, siguiendo el criterio que, en su momento, propusimos(42).

A su vez, la responsabilidad del Estado se extendió a los daños causados por su actividad legítima o lícita(43), quedando pendiente la cuestión que atañe al alcance de la indemnización (el reconocimiento o no del lucro cesante) donde las opiniones doctrinarias aparecen divididas(44) y la jurisprudencia no termina de asentarse(45). Asimismo, se ha abierto paso a un amplio reconocimiento de la responsabilidad del Estado por omisión(46).

Resulta difícil pronosticar cómo va a evolucionar en el futuro un sistema basado en la responsabilidad objetiva que, en la actividad ilegítima del Estado, no tiene limitación monetaria alguna ni estándares de responsabilidad que permitan legalmente acotarla y donde todo queda subordinado a las construcciones pretorianas de los jueces.

Si estamos ante un problema propio de la justicia distributiva, la reparación exige apartarse de los principios conmutativos para medirla sobre la base de las pretensiones generales de los ciudadanos sobre los fondos públicos(47), acotando la compensación a las posibilidades financieras del Estado, en base a un sistema que respete el principio de igualdad ante las cargas públicas.

5. Los principios generales del derecho

La influencia que han proyectado los principios generales del derecho administrativo (tanto los de carácter institucional como los pertenecientes a un sector o materia) como directivas o estándares que están en la base del ordenamiento sustantivo o adjetivo(48) ha sido reconocida en nuestro país por la doctrina(49) y se encuentra también reflejada en la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como culminación del proceso de recepción de los principios generales del derecho en el plano público se postula entre nosotros, al igual que en el derecho comunitario, el principio de la confianza legítima(50) siendo advertible que esta tendencia apunta a superar los últimos residuos del positivismo legalista(51). Otro tanto cabe decir del principio de proporcionalidad(52), los de transparencia y eficiencia en el campo de la contratación pública(53), por aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción(54), así como del principio de especialidad(55) para establecer la competencia de los órganos y entes administrativos.

6. La categoría del servicio público

Al penetrar en el centro del problema que plantea la supervivencia de la institución del servicio público se advierte que ella precisa tanto de una justificación como de una delimitación adecuadas para atribuirle nuevo sentido en un mundo que vuelve, con todos los matices y peculiaridades diferenciales, al juego de las leyes del mercado aunque, ahora, bajo el arbitraje de un Estado que actúa en defensa de la competencia y del interés social.

Esa delimitación (que achica el campo de la noción tradicional) se opera en tres sentidos. En primer lugar, la categoría del servicio público queda circunscripta a las actividades que resultan primordiales(56) o esenciales(57) para la satisfacción de las necesidades de la comunidad que no pueden satisfacerse mediante un régimen de libre competencia (mercado monopólico o simplemente regulado). Estas actividades económicas deben ser gestadas por los particulares que siempre las prestarán en mejores condiciones de calidad y de eficiencia ya que no es función del Estado hacer aquello que pueden llevar a cabo las personas privadas ni crear la riqueza (como decía Hauriou) y en estas ideas subyace otra clarísima aplicación del principio de subsidiariedad(58). Se trata, en suma, de actividades que hacen a la dignidad

de las personas, que promueven tanto su subsistencia como su bienestar, protegiendo sus derechos humanos básicos para la vida de la comunidad.

Por otro lado, mientras la técnica del servicio público se limita a las prestaciones de naturaleza económica que crean o generan relaciones singulares con los habitantes (en las que las inversiones se retribuyen con el producido de la explotación de la actividad), en los llamados servicios sociales o asistenciales(59), el principio fundamental aplicable es el de la solidaridad. En estos casos -a diferencia de los servicios públicos-, la responsabilidad por la satisfacción de las necesidades sociales recae directamente sobre el Estado, o bien resultan satisfechas por los particulares mediante el otorgamiento de subvenciones o subsidios.

A su vez, el último de los resguardos que permite frenar la fuerza expansiva que había adquirido, en su momento, la institución del servicio público, se vincula con el carácter obligatorio(60) que precisa reunir la prestación privada para ser regida por el derecho administrativo a través de un régimen especial.

Como puede advertirse, las notas centrales de la noción (satisfacción de necesidades primordiales, contenido económico de la prestación y obligatoriedad)(61) se encuentran estrechamente relacionadas con el nuevo sentido que persigue la figura al propugnar la competencia en todo el residuo de actividades privadas las cuales, aun cuando sean de interés público, no se rigen, en tanto sea admisible el ejercicio de las libertades del mercado, por el régimen administrativo del servicio público, sin perjuicio de la potestad que posee el Legislativo para reglamentar los derechos individuales y colectivos.

El principio de la competencia explica la razón por la cual, también en aquellos supuestos donde los marcos regulatorios y las respectivas concesiones o licencias consagran privilegios de exclusividad, se imponga a los prestatarios la obligación de *libre acceso* (*open access*) a la red de transporte (gas, electricidad, telefonía básica)(62).

Pero aún no ha caído el telón en este vasto escenario jurídico que acota la noción jurídica del servicio público. Para completar la escena faltan todavía dos elementos; la *publicatio*, que requiere también de una adaptación al nuevo sentido del concepto y el régimen especial o exorbitante(63) (sobre el que sólo abordaremos determinados principios que deben regir en materia de interpretación).

a) El nuevo sentido de la *publicatio*

En efecto, la concepción del servicio público aparece, en las tendencias doctrinarias elaboradas en este siglo, completada con esas dos características que pronto pasan a asumir un papel fundamental para dicha categoría jurídica. La primera relativa al régimen jurídico especial del servicio público, fue desenvuelta, principalmente, por la escuela de Burdeos destacándose como aspecto principal y distintivo, el carácter obligatorio de la prestación. La segunda nota, sostenida por Villar Palasí y la mayoría de la doctrina española que abordó el tema a partir de 1950, puso el acento en la declaración formal de asunción de la titularidad de una determinada actividad por parte del Estado (*publicatio*).

Y cuando parecía haberse superado el llamado problema de la crisis del servicio público, que tuvo su génesis en las nacionalizaciones producidas al finalizar la Segunda Guerra Mundial y en la consecuente asunción de su gestión por el Estado, se produjo, mediante un movimiento circular y a raíz del proceso de privatizaciones, una vuelta de tuerca en la concepción del servicio público, que volvió a ser una técnica de gestión esencialmente privada(64) aunque dentro de un modelo basado en la regulación para la competencia(65).

Ese retorno no es casual. Antes bien, es el resultado de la necesidad de adaptar el régimen jurídico del servicio público, prestado hasta entonces por el Estado, a una realidad que plantea la limitación del poder público y la aparición de las cargas y garantías de los concesionarios en forma paralela a la protección de los derechos (sobre todo, de las libertades) de los usuarios.

Hay que puntualizar también que, al privatizarse algunas actividades que no satisfacen necesidades primordiales de los habitantes, se opera una transferencia de la titularidad pública hacia la privada (v. gr. la actividad de radiodifusión y televisión) sin escapar a la regulación estatal, justificada por el hecho de tratarse de actividades de interés público(66) lo que, en definitiva, implica acotar la tendencia expansiva que había alcanzado la institución del servicio público.

En ese contexto, uno de los primeros intentos ha consistido en la pretensión de suprimir la *publicatio* como requisito central de la categoría del servicio público(67), atribuyendo a esta figura ser la causa del régimen autoritario y estatista que llegó a caracterizar el servicio público en determinadas épocas históricas.

Sin embargo, la *publicatio*, que se funda en la necesidad(68) y trascendencia social, implica la atribución de una competencia o aptitud pública para reglamentar un determinado servicio regido anteriormente por el derecho privado y el principio de libertad económica. Todo lo demás que suele achacarse a la *publicatio* no es más que aquello que es propio del régimen jurídico especial que tipifica a los servicios públicos y, a lo sumo, traduce discrepancias (en su mayor parte fundadas) con la decisión estatal de disponer la *publicatio* en sectores donde es posible un régimen de actividad económica abierto y competitivo. Pero éste es otro problema. Por lo demás, la *publicatio* no atribuye al Estado derecho real alguno(69). En rigor, ella consiste en la incorporación de una actividad al sistema del derecho público y tan sólo traduce la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial. En cualquier caso, esa declaración formal, que debe ser efectuada siempre por el poder legislativo, se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad del cual se desprende, a su vez, la idea de acotar el servicio público a las actividades esenciales o primordiales que satisfacen necesidades públicas primordiales, o como se dice en otras latitudes, el llamado servicio universal.

En suma, la declaración formal no posee contenido patrimonial alguno que le permita ejercer al Estado el dominio sobre el servicio concedido o los bienes a él afectados. Por esa causa, va de suyo que la *publicatio* nunca justifica el desplazamiento del concesionario y la correlativa asunción de la gestión directa del servicio público por parte del Estado.

Como se ha dicho, si el gran cambio en los servicios públicos de los años noventa consiste en aceptar la compatibilidad de las cargas y prerrogativas de derecho público con la competencia dentro y fuera del servicio(70), hay que darle un nuevo sentido a la *publicatio* que ahora se acerca a un requisito vinculado al ejercicio de la potestad estatal a través de la regulación económica(71) para la competencia(72). Claro está que sólo la tecnología del futuro nos dirá si la distribución del gas o de la electricidad -por ejemplo- podrán llevarse a cabo bajo un régimen abierto de competencia como también si la exclusividad(73) o el monopolio y las prestaciones obligatorias, desaparecerán de los futuros regímenes jurídicos a raíz de las innovaciones tecnológicas(74).

Mientras tanto, seguirá siendo necesario distinguir -en el campo de la regulación económica- los servicios públicos de las llamadas actividades de interés público porque el problema que plantea la nueva realidad no se resuelve con la unificación de todas las regulaciones sino más bien con el reconocimiento de la especialidad y diversidad que posee el servicio público, en relación con otras actividades de interés público que no se imponen como prestaciones obligatorias. En la actualidad, el servicio público se desenvuelve en un marco tendiente a segmentar los mercados y generar la máxima libertad compatible con la calidad y eficiencia de las respectivas actividades que, en algunos ordenamientos, como el argentino(75), se ha transformado en un deber del Estado.

La aparición de los entes reguladores demuestra(76), también en este punto, la imposibilidad de seguir al modelo norteamericano en el que las agencias independientes mantienen vinculación con el Congreso mientras que, en Argentina, no se concibe, en principio, la existencia de entidades administrativas (salvo que lo prescriba la Constitución como en el caso de la Auditoría General de la Nación) fuera del ámbito del Poder Ejecutivo, pues aun cuando fueran entidades autárquicas(77) ellas se encuentran sometidas al llamado control de tutela(78). En consecuencia, los entes reguladores, por más que sean creados por ley, configuran siempre entidades autárquicas(79).

b) Principios de interpretación

En ese contexto, surgen nuevos principios y criterios de interpretación, tales como: 1) el de subsistencia de la gestión privada (que constituye un derivado del de subsidiariedad) que impide interpretar que la reversión(80) y el rescate(81) configuren poderes implícitos, habiéndose previsto en algunos regímenes (v. gr., el de electricidad) fórmulas de continuidad de la gestión privada al término del primer período de la concesión(82); 2) el de flexibilidad interpretativa(83) a favor de la estabilidad de la concesión y su finalidad específica (incluyendo el equilibrio económico de la concesión)(84), habida cuenta el carácter de contrato en marcha, donde el intercambio prestacional no se produce ni se refleja al momento de celebrarse el contrato; 3) correlativamente, el de mutabilidad(85) consensuada dado que las circunstancias reales, las necesidades sociales y las innovaciones tecnológicas no se pueden prever de antemano con precisión y son esencialmente dinámicas y cambiantes; 4) el ejercicio de la potestad tarifaria con base contractual(86); 5) la eliminación del poder discrecional de la autoridad concedente(87); 6) la proporcionalidad entre las sanciones que aplique la Administración y la realización efectiva (o el cumplimiento) del fin que persigue el servicio de modo de hacer compatible la máxima calidad con la eficiencia de las prestaciones; 7) el desplazamiento de la relación de sujeción especial y su correlativo reemplazo por vínculos de base contractual que incluyan, inclusive, procedimientos de regulación consensuada, y por último; 8) el establecimiento de un régimen de responsabilidad contractual frente al Estado y los usuarios que signifique un verdadero equilibrio entre los intereses en juego.

c) El cuadro de principios y reglas establecidos por la situación de emergencia

En medio de la crisis que padeció Argentina en los años 2001 y 2002 (en la que el país declaró el *default* de la deuda pública) se dictaron dos leyes de emergencia(88) y un conjunto variado de decretos y resoluciones regulatorias tendientes a superar dicha situación, evitar la inflación y salida de capitales, así como para ordenar el gasto público, entre otros objetivos.

Las empresas de servicio público se vieron afectadas singularmente más que las que actúan en otros sectores de la economía en razón de que se encontraban fuertemente endeudadas en moneda extranjera (mayoritariamente en dólares). La causa de ello se explica por el hecho de que al requerirse inversiones importantes en los primeros períodos de las concesiones, la financiación de ellas tuvo que llevarse a cabo como si fueran industrias de capital intensivo, en las que se requiere de grandes inversiones iniciales(89).

Como las tarifas fueron congeladas y fue suspendida la aplicación de los mecanismos contractuales tendientes a corregir los desequilibrios financieros, resultaba necesario subsanar la situación de quiebre de la ecuación económico-financiera agravada por las dificultades para acceder al crédito, dada la suspensión de pagos de capital que casi todas las empresas dispusieron para poder seguir operando, exclusivamente, con la propia caja que se generaba por el ingreso de los recursos tarifarios.

La ley 25.561 [EDLA, 2002-A-31], en lo que atañe a los servicios públicos, estableció, principalmente, una serie de medidas tendientes a superar la crisis:

(a) la declaración de emergencia pública que implicó comprimir y suspender el ejercicio de los derechos contractuales de los concesionarios, asignándole mayor injerencia al Congreso en los procedimientos de aprobación de las renegociaciones (art. 1º);

(b) la pesificación y congelación de las tarifas (en realidad, de los precios que estaban contenidos en los cuadros tarifarios) prohibiendo la aplicación de cualquier mecanismo indexatorio o de actualización de precios (art. 8º);

(c) la obligación de seguir prestando los servicios durante el período de emergencia no obstante la ruptura de los contratos efectuada por la ley (verdadero “acto del príncipe”) (art. 10) sin atender a la jurisprudencia de la Corte Suprema(90) y de la doctrina clásica argentina del derecho administrativo(91) que permite invocar la *exceptio non adimpleti contractus* cuando el concesionario demuestre que no puede cumplir razonablemente con las obligaciones a su cargo.

Con posterioridad, el Congreso Nacional sancionó la ley 25.790 [EDLA, 2003-B-72] prorrogando hasta el 31 de diciembre de 2004 el plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por el art. 9º de la ley 25.561(92).

Esta ley, en comparación con la anterior, introduce cambios trascendentes en el sistema de emergencia, caracterizándose, en líneas generales, por una mayor flexibilidad y equilibrio entre los distintos intereses en juego, no obstante reproducir el precepto establecido en la ley anterior, al prescribir que “en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones” (art. 5º, ley 25.790). Dicho precepto resulta confiscatorio en cuanto obliga a las concesionarias a prestar el servicio cuando, por obra del Estado, no obtienen los ingresos necesarios para operar con calidad y eficiencia.

En lo fundamental, las principales innovaciones pueden resumirse en:

(a) la restitución, al Poder Ejecutivo, de la plena potestad administrativa cuya limitación era constitucionalmente cuestionable dado que se trata del ejercicio de la función administrativa atribuida a dicho órgano (conf. el art. 99, inc. 1º, CN) estableciendo un mecanismo de silencio positivo (*fast track*) para la aprobación de la renegociación por el Congreso(93);

(b) el reconocimiento de que la renegociación puede abarcar tanto a determinados sectores de servicios públicos como a contratos en particular(94);

(c) la consagración de una suerte de deslegalización al prescribir que las potestades del Poder Ejecutivo, en el desarrollo de los procesos de renegociación, no se hallarán limitadas ni condicionadas por las disposiciones de los marcos regulatorios que rigen las concesiones o licencias de los respectivos servicios públicos(95);

(d) la prescripción de la posibilidad de que los acuerdos de renegociación puedan: (i) abarcar aspectos parciales de los contratos de concesión o licencia; (ii) contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias al contrato; (iii) incluir mecanismos de revisiones periódicas pautadas y (iv) establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios(96). A su vez, en la línea de

atribuirles a las medidas transitorias un grado mayor de seguridad jurídica, la ley dispone que ellas “deberán ser tenidas en consideración dentro de los términos de los acuerdos definitivos a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias(97)”;

(e) por último, la limitación de las facultades que tienen los entes reguladores en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias previstas en los respectivos marcos regulatorios las que “podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación que lleve a cabo el Poder Ejecutivo Nacional en virtud de lo dispuesto por el art. 9° de la ley 25.561(98).

Por lo demás, en la base de la legislación de emergencia se encuentra la regla del sacrificio compartido(99) la cual se funda en el principio de solidaridad(100). Este principio general del derecho administrativo busca conciliar, en definitiva, el esfuerzo de los sectores más pudientes con la situación de aquellos sectores carenciados de la población. La política seguida en la materia, que tendrá sin duda influencia en los cuadros tarifarios del futuro, ha comenzado a tener vigencia en algunas instituciones incorporadas a los contratos de concesión (v. gr., la tarifa social).

III

Transformaciones operadas en el ámbito

de la contratación pública

1. Vigencia de la categoría del contrato administrativo

El campo de la contratación pública presenta tal serie de matices que se hace 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 y las personas contratantes).

El fenómeno de la contratación pública fue descrito, en la etapa de mayor auge de la tesis *ius administrativa* del contrato, como un sistema cerrado y radicalmente opuesto al de la contratación privada sin reparar muchas veces en la circunstancia, por demás demostrable, que indica 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 con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persigue, de manera relevante e inmediata, al ejercer sus órganos 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 los cuales, 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 solo régimen jurídico 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 público”(101).

Esa variedad de formas y regímenes se advierte, asimismo, en el ámbito interno, respecto de los contratos que celebra la Administración o los demás órganos del Estado, en ejercicio de la función materialmente administrativa (nos referimos aquí al Poder Judicial y al Congreso) que pueden vincularse a través de otras figuras como: a) contratos parcialmente regidos por el derecho privado, con o sin cláusulas exorbitantes expresas, donde el grado de aplicación del derecho administrativo depende del tipo y régimen jurídico de cada contrato (v. gr., 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 (v. gr., 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 “iuspublicación” de los sistemas de contratación estatales,(102) contrariamente a lo sostenido por un sector de la doctrina(103) -que se proyecta incluso hacia los antiguos esquemas contractuales regidos por el derecho privado(104).

Esa “iuspublicación” se revela nítidamente en las reglas que rigen el proceso de selección (que excluyen, en principio, la libertad negocial para elegir el contratante) y en el régimen 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 jurídicos(105).

A su vez, el análisis acerca de la jurisprudencia de la Corte demuestra que, aun cuando pueda reconocerse la existencia de etapas diferenciadas(106), se advierte el desarrollo de una línea doctrinaria que postula la concepción finalista del contrato administrativo, sobre la base de criterios que tienen en cuenta los objetivos y necesidades relevantes de interés público perseguidos al celebrar el contrato.

En tal sentido, nuestro Alto Tribunal considera que un contrato es administrativo cuando se lleva a cabo “por el Estado en ejercicio de las funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades de ese mismo carácter”(107), o bien, en aquellos casos en que su “objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración”(108).

Esta finalidad o, si se prefiere, sustantividad, determinante -en la jurisprudencia de la Corte- del carácter administrativo del contrato en razón de su objeto, produce correlativamente la exclusión de esta categoría jurídica de los llamados contratos privados de la Administración(109) ya que éstos no cumplen una finalidad pública directa e inmediata, lo cual no implica su total sometimiento al derecho privado, habida cuenta que la competencia y el procedimiento (la llamada zona común de la contratación administrativa) se rigen siempre por el derecho público.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte no erige a la finalidad como factor exclusivo a la hora de configurar la categoría jurídica del contrato administrativo, sino que lo complementa con la necesidad de la presencia subjetiva de la Administración junto a la existencia de cláusulas exorbitantes (lo cual -como se ha visto- resulta objetable) o, como se señaló en algún caso, con la inserción del contrato en un régimen especial o exorbitante del derecho privado.

En lo que concierne a la presencia del Estado como uno de los sujetos del contrato administrativo, si bien la Corte aceptó en un caso la tesis del contrato administrativo por extensión(110) lo cierto es que parece orientarse hacia una concepción más restrictiva que combina el elemento orgánico con el finalista o sustantivo(111).

Completa el cuadro de los criterios jurisprudenciales el relativo a las cláusulas exorbitantes donde aún no parece haberse perfilado una posición definitiva y precisa. Así, en algunos casos, la Corte aplicó el criterio en forma alternativa con el finalista, en otros, lo hizo en forma conjunta(112), sin perjuicio de que existen fallos que acogen un criterio (el del régimen exorbitante) que, no obstante cierta analogía, no genera idénticas consecuencias interpretativas. En este punto, en la causa “Cinplast”, el criterio de la cláusula exorbitante no jugó como un criterio alternativo sino como un efecto propio del carácter administrativo del contrato. A una similar conclusión habrá que llegar si la Corte volviera a utilizar -en materia contractual(113)- el criterio del régimen exorbitante, típico o especial del contrato administrativo, que constituye una de las primeras consecuencias o manifestaciones de su caracterización finalista.

En resumidas cuentas, al igual que en el derecho español, la “entronización” de la figura del contrato administrativo en el derecho argentino ha sido un verdadero acierto pues como apunta Ariño Ortiz no se concibe “cuál es la utilidad de propugnar a estas alturas...la tesis de la *unidad de contratación*”(114). Al

contrario, el contrato administrativo supone una construcción racional y progresiva tanto para el interés público como para la seguridad jurídica de los particulares(115).

2. El régimen contractual de derecho público

Resulta paradójico que la doctrina que rechaza la sustantividad del contrato administrativo acepte, sin el menor reparo, aun en los enfoques más críticos(116), la existencia de un régimen jurídico de derecho público sustantivo, distinto del civil, para regir el contrato administrativo, sin precisar cuál es la causa, la fuente o la finalidad de dicho régimen.

Al respecto, el primer principio sobre el cual parece haberse conseguido uniformidad doctrinaria y legal, es el de la licitación pública que se impone como procedimiento obligatorio de selección(117), por aplicación directa de la Constitución(118) (aunque sin prescribirlo en forma expresa) y de la Convención Interamericana contra la Corrupción(119). Esta exigencia ha pasado a convertirse en la regla general(120) aplicable en la llamada “zona común de la contratación administrativa”, proyectándose también en el ámbito de los contratos privados que celebra la Administración.

Pero es en el campo de la ejecución del contrato de concesión de servicios públicos donde la doctrina (y probablemente la jurisprudencia en el futuro) no encuentra un punto de equilibrio al recibir la influencia de las ideologías de uno y otro lado. Así, para un sector doctrinario, hay que retornar a las concepciones vigentes en el derecho francés de la época de Jèze sosteniendo que existen prerrogativas implícitas(121), en particular, la aplicación de sanciones aun cuando no estén previstas en el contrato así como su modificación unilateral. Asimismo, resulta criticable la tendencia legal de admitir la revocación de las concesiones por razones de interés público (sin ley que declare el interés público) con indemnización limitada al pago del daño emergente(122).

Esta postura, que ni siquiera es seguida en Francia(123), traduce una posición discriminatoria fundada en una extremada interpretación del concepto de interés público a la luz de las tendencias autoritarias que han sido abandonadas en el moderno derecho europeo(124), que promueve la competitividad, afirmando la seguridad jurídica.

En aquellos países que son demandantes de inversiones como Argentina, esta tesis resulta un contrasentido ya que privar al concesionario de la compensación que contemple, en su totalidad, toda la disminución patrimonial que debe soportar por razones de interés público, es el mejor modo de ahuyentar las inversiones e impedir el crecimiento económico.

Ello no impide la configuración de un régimen exorbitante, pero con las debidas garantías. De ese modo, cuando el contratista enfrenta el sacrificio de sus derechos patrimoniales por razones de interés público, corresponde que sea plenamente indemnizado(125).

IV

Sobre las instituciones del derecho

procesal administrativo

1. La llamada jurisdicción administrativa primaria

Se ha vuelto a insistir en la introducción a nuestro país del sistema jurisdiccional norteamericano de control de la actividad de la Administración a través de la llamada jurisdicción administrativa primaria(126).

No obstante que se acepte, excepcionalmente y para materias especiales (es decir, nunca como cláusula general) el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de entidades o tribunales administrativos (v. gr., el tribunal fiscal) siempre que se cumplan determinados requisitos(127), lo cierto es que el eje de nuestro sistema se encuentra en las antípodas del sistema norteamericano(128).

En efecto, como consecuencia de haber adoptado el principio judicialista puro del constitucionalismo español e iberoamericano, la interdicción constitucional que impide que el Poder Ejecutivo ejerza funciones judiciales ha exigido, como contrapartida que, cuando un órgano o tribunal administrativo tenga atribuidas, por un título legal, funciones materialmente jurisdiccionales, el control judicial ha de ser pleno y suficiente, con amplitud de debate y prueba(129).

Ello indica a las claras que la atribución de funciones materialmente jurisdiccionales a entes administrativos tiene un carácter excepcional (es decir, no como cláusula general) sin que llegue a configurar una verdadera jurisdicción(130) y menos primaria, pues el sistema argentino no admite que

exista una suerte de segunda instancia que limite la revisión de la decisión adoptada en la etapa administrativa por más materialmente jurisdiccional que fuera la función ejercida.

Como se puede advertir el sistema norteamericano de control de la actividad de la Administración y de las agencias independientes ha culminado transformando (sobre todo, después de la evolución operada durante el pasado siglo), el carácter puramente judicialista que tenía originariamente en un sistema de jurisdicción administrativa primaria con revisión judicial limitada (que, en principio, limita al juez al control del derecho⁽¹³¹⁾), lo cual se encuentra a mitad de camino entre el contencioso-administrativo basado en la configuración de tribunales administrativos (siguiendo el modelo francés del Consejo de Estado) y el sistema judicialista español que es el que ha adoptado la mayor parte de los ordenamientos constitucionales hispanoamericanos.

2. La evolución de las principales instituciones y técnicas instrumentales del contencioso-administrativo

La trascendencia que traduce la regulación de la llamada justicia administrativa constituye una de las claves que permite la protección de los derechos de los ciudadanos frente a los actos estatales que lo afectan y, en tal sentido, no se puede desconocer que la evolución que han tenido en Argentina las principales instituciones y principios del derecho procesal administrativo ha sido extraordinaria.

Buena parte de las transformaciones operadas, así como del progreso doctrinario y legislativo, obedecieron a la gran influencia que en los últimos cincuenta años ha ejercido en Argentina la escuela española, fundamentalmente a través de la obra de Jesús González Pérez⁽¹³²⁾ la cual, además, se ha proyectado en todos los países hispanoamericanos. La recepción del principio de la tutela judicial efectiva instrumentado en el Pacto de San José de Costa Rica implicó la ampliación del marco en que se proyectaba la garantía de la defensa en juicio toda vez que se extiende, entre otros ámbitos, a los requisitos para acceder a la justicia⁽¹³³⁾, a la pluralidad de pretensiones⁽¹³⁴⁾, a las medidas cautelares y al proceso de ejecución de sentencias.

Es cierto que Argentina se encontraba muy adelantada -en el plano del derecho comparado- en algunas instituciones procesales como los procesos cautelares⁽¹³⁵⁾ y de ejecución de sentencias. También, el acceso a la jurisdicción para demandar la invalidez de actos administrativos, que no estaba sometido a plazo alguno de caducidad hasta el año 1972⁽¹³⁶⁾, permitía, más que en la actualidad, la realización efectiva del control judicial, dado que la acción, previo cumplimiento de ciertos recaudos formales (reclamo administrativo previo) sólo se extinguía por el transcurso de los plazos de prescripción.

En ese contexto se recepcionó la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que, proveniente de la doctrina alemana, fue introducida en España tanto por García de Enterría y Fernández como por Sainz Moreno, como una técnica de apertura del control de la actividad discrecional, la cual pasa a ser fiscalizable por los jueces⁽¹³⁷⁾. Y aunque la teoría tenga algunos detractores de la talla de Sesín⁽¹³⁸⁾, lo cierto es que parece haberse impuesto, siendo seguida por la mayoría de la doctrina⁽¹³⁹⁾.

Si bien se ha retrocedido parcialmente en el terreno de la ejecución de sentencias, lo cierto es que ellas han dejado de ser declarativas (como lo prescribía el art. 7º, ley 3952) para pasar a ser ejecutorias, poniendo en cabeza de la Administración el deber de incorporar en el presupuesto correspondiente al año siguiente al dictado de la condena⁽¹⁴⁰⁾, habiéndose dictado varios fallos que han condenado al Estado a cumplir directamente la sentencia cuando ha omitido cumplir el citado deber⁽¹⁴¹⁾.

En lo que atañe a la legitimación, se ha ampliado la aptitud de ser parte en los procesos administrativos⁽¹⁴²⁾ y después de la reforma constitucional de 1994 y del dictado de la ley 24.284 [EDLA, 1993-1395] (con las modificaciones introducidas por la ley 24.379 [EDLA, 1994-1496]), se ha reconocido legitimación al Defensor del Pueblo, cuya extensión ha sido algunas veces rechazada por la doctrina y la jurisprudencia⁽¹⁴³⁾ que cuestiona que, a través de ella, se reconozca una suerte de acción pública.

La gravedad de los problemas que plantea actualmente la amplitud con que la jurisprudencia acepta la apertura indiscriminada de procesos colectivos sin que la ley haya reglamentado la representatividad de los intereses que esgrimen las asociaciones de bien público (especialmente de consumidores y usuarios) configura una situación anárquica que tendrá que corregirse en el futuro. De lo contrario, se reemplazaría la justicia individual o subjetiva (que tiene muchas más trabas para el acceso) por la justicia objetiva, la cual se ha acercado tanto a la acción popular que hoy día resulta difícil perfilar las diferencias.

Esos problemas reclaman la revisión del procedimiento que rige para el otorgamiento de medidas cautelares auto-satisfactivas o de urgencia, sin contracautelas y sin intervención, en el respectivo proceso, de los eventuales afectados que tienen que soportar los efectos perjudiciales de esas medidas sin ser parte en los mismos.

De otra parte, en un mundo que se orienta a la obtención de resultados en forma rápida e inmediata(144), con abstracción de las reglas clásicas que rigen los procesos y el *onus probandi*, no puede causar extrañeza que el amparo se haya convertido, en los hechos, en un proceso ordinario y común, no obstante que, en su finalidad y estructura, fue configurado inicialmente como un remedio extraordinario. En este sentido, el peligro que encierra la generalización del amparo, unido a la apertura indiscriminada de la legitimación que lamentablemente no suelen muchas veces advertir los llamados defensores del garantismo, puede llegar a generar una suerte de judicialización de la función administrativa (y aun de la legislativa) afectando la esencia del principio de separación de poderes. Ello no significa desconocer los avances producidos en el campo de la protección constitucional de los derechos individuales y colectivos en los procesos de amparo que han venido a afirmar la tutela judicial.

Por lo demás, resulta indispensable reglamentar los efectos *erga omnes* tanto de dichas medidas contra decretos del Poder Ejecutivo como respecto de las sentencias que afectan a terceros que no han participado en el pleito, unificando en alguna sala del fuero contencioso administrativo federal, la jurisdicción originaria y exclusiva, como acontece, en la actualidad, en el control que llevan a cabo los Tribunales en los Estados Unidos respecto a los actos de las agencias reguladoras(145) así como reglamentando las denominadas acciones de clase((146), con las adaptaciones que demande nuestro sistema constitucional y la realidad vernácula para lo cual sería conveniente que la ley reglamentara el alcance de la legitimación en las situaciones jurídicas denominadas derechos de incidencia colectiva.

V

Conclusiones

Las tendencias del derecho administrativo argentino se encuentran, hoy día como nunca, influidas más por la política partidista que por la economía y el modelo de Estado que consecuentemente se vaya a seguir, que a nuestro juicio continúa regido por el principio de subsidiariedad, aunque no se puede ignorar que existe una gran incertidumbre con respecto a la evolución de las instituciones de nuestro derecho administrativo.

Porque no se puede desconocer que entre la incertidumbre sobre el modelo de Estado a seguir (por ejemplo “Estado Subsidiario vs. Estado Benefactor”)(147), las exageraciones de las recetas liberales ortodoxas y de las ideas colectivistas o estatistas autoritarias de otros, el derecho administrativo argentino deberá transitar un camino que le permita encontrar su punto de equilibrio entre lo social y lo individual, lo público y lo privado, siendo conveniente que todos los llamados derechos especiales, como el derecho urbanístico(148) o el derecho ambiental continúen encuadrados en el derecho administrativo, sin abdicar de sus principios fundamentales.

Es cierto que la globalización no perdona y que los países que se quedan afuera pierden el tren del progreso. Pero ello no debe confundirnos puesto que Argentina se adaptó -muchas veces en el curso de su historia- al sistema jurídico y a las reglas económicas que regían en las naciones más adelantadas del mundo (los países europeos y los Estados Unidos).

Esta visión de progreso, cuyo epicentro se ubica en la generación del ochenta, hizo que Argentina ocupara, alrededor de 1910 y en los años subsiguientes, uno de los lugares de mayor jerarquía en la economía mundial (entre los diez primeros países).

Tiempo más tarde, con marchas y contramarchas imputables a todos los sectores políticos, las tendencias estatistas, sobre todo las colectivistas, se impusieron de un modo generalizado en todos los sectores de la vida nacional, provocando las sucesivas crisis que padecemos, el estancamiento económico y el aumento de los sectores carenciados, desocupación mediante.

El resultado está a la vista de cualquier observador imparcial como también el fracaso de las políticas del sector público (fundamentalmente las políticas fiscal y monetaria y la abultada deuda externa) de la década del noventa (nos referimos a las gestiones de Menem y De la Rúa) que nos condujeron a la gravísima crisis económica y social de finales de 2001.

En medio de ese proceso, con deficientes políticas de salud, educación y seguridad y con un gasto público excesivo (agravado por el aumento del gasto público provincial) un aumento desmesurado de la deuda externa para cubrir los déficits fiscales y un tipo de cambio fijo atado al dólar que impedía competir a las industrias nacionales con los productos importados, crecieron los niveles de pobreza y aumentó considerablemente la cantidad de desocupados.

Es obvio que las privatizaciones de las empresas públicas antes que provocar la crisis (que muchos ideólogos de turno le imputan ser las causantes) produjo innumerables beneficios sociales que paliaron las graves carencias que había en los servicios públicos (falta de teléfonos, insuficiente presión de gas, cortes

en los suministros de agua y de electricidad, etc.) y, en definitiva, vinieron a retrasar la eclosión de una crisis que -con todas las incógnitas económicas y sociales develadas- ahora es fácil ver el pasado como una situación insostenible.

Frente a ese panorama, el debate acerca de la influencia del derecho norteamericano pasa a un segundo plano, cuando no constituye un debate artificialmente generado y falso que parte de la errónea premisa de sostener que la Constitución argentina es una copia de la norteamericana, lo cual constituye una enorme equivocación histórica y jurídica, algo así, según Alberdi(149), como confundir un huevo con una castaña. Ni siquiera nuestros grandes maestros amigos Linares(150) y Bosch(151), que eran finos juristas y buenos conocedores del derecho norteamericano, alcanzaron a predicar semejante tesis.

Ello no quita la influencia que pueda haber tenido y tiene el derecho norteamericano acerca del sistema federal de gobierno y otras instituciones ni tampoco la posibilidad de incorporar nuevas fórmulas para resolver los problemas que plantea la complejidad actual de nuestro derecho administrativo (tal como ocurre con la regulación de las acciones de clase) pero esta influencia posee una menor dimensión de peso que la proveniente del derecho europeo, especialmente de España, Francia e Italia, más afines en punto a la idiosincrasia de nuestros habitantes y a los antecedentes legales vernáculos, así como a las construcciones jurídicas tanto doctrinarias como jurisprudenciales.

Con todo, el gran problema argentino sigue y seguirá siendo el de la corrupción(152) pues éste es un mal que por hallarse profundamente arraigado en todos los niveles de nuestra sociedad no se erradica de un día para el otro.

Sin un plan inteligente que apunte a la sustitución de las personas corruptas que ejercen funciones públicas sobre la base de la adopción de medidas efectivas como la verificación de la evolución patrimonial, admitiendo -por ejemplo- la figura del arrepentido, la aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción(153) así como la intervención del Defensor del Pueblo junto a la participación pública en el control de la corrupción, será casi imposible la superación de este flagelo. Su erradicación constituye uno de los grandes desafíos que deberá afrontar el derecho público de este siglo, tanto en el campo del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo. ¿Será posible?

voces: derecho administrativo - acto administrativo - estado nacional - servicios públicos - daños y perjuicios - contratos administrativos - contencioso administrativo - procedimiento administrativo

(1) La cita que encabeza este artículo, aunque referida al sistema de control jurisdiccional de la actividad administrativa, refleja lo que ha ocurrido y viene ocurriendo en nuestro derecho administrativo y exhibe, claramente, el pensamiento del gran jurista, uno de los más agudos, originales y brillantes que tuvo el derecho público argentino, no obstante que, en sus últimos cuarenta años, sus producciones jurídicas fueron escasas y circunstanciales (hasta en esto último fue original). Con Bosch empezamos el aprendizaje en esta disciplina jurídica y a él le debemos mucho de nuestra formación. Poco antes de retirarse de la enseñanza, nos aconsejó que prosiguiéramos bajo la guía de Marienhoff quien, como es sabido, fue nuestro maestro, colega en la Academia de Derecho y amigo entrañable.

(2) Conf. Hauriou, Maurice, Principios de Derecho Público y Constitucional, trad. del francés por Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1927, pág. XXXIX. Apunta el gran Doyen de Toulouse en el Prólogo a esta edición española que "En su larga carrera, la civilización mediterránea ha atravesado ya por varias crisis y ha experimentado varias fluctuaciones. Durante los siglos IV y V de nuestra Era, al presenciar el espectáculo de la descomposición del orden romano y las invasiones de los bárbaros, creyeron muchos contemporáneos que todo se perdía, y, sin embargo, todo iba a renacer. No debemos juzgar esta civilización como si no hubiera sufrido nunca eclipses, tras de los cuales volvió a brillar. Está habituada a las restauraciones, fluctuat nec mergitur. La actual decadencia se explica por el desbordamiento de materialismo que ha seguido a la acumulación de las riquezas producidas por las aplicaciones de las ciencias físicas; se explica también por el desarrollo del espíritu crítico, debido al acrecentamiento del poder de la prensa. Es natural que las creencias civilizadoras se hayan debilitado. Pero no ofrece este fenómeno ninguna novedad, pues también conoció el materialismo la civilización antigua, y, en cuanto al espíritu crítico y la libertad de discusión, los encontró ya en su cuna la civilización cristiana. El Cristianismo pudo propagarse gracias al apostolado y la evangelización; sus dogmas se han discutido públicamente en los Concilios, en medio de la continua contradicción de las herejías y de los cismas" (ob. cit., págs. V y VI).

(3) Sanz, Carlos, La codificación: raíces y prospectivas. Presentación del primer ciclo, en el libro sobre el mismo título, Buenos Aires, Educa, 2003, t. I, pág. 15, con citas de Villey, anotando el autor que ello está en línea con la doctrina que enseña el Concilio Vaticano II (Constitucion Gaudium et Spes n° 36).

(4) S. S. Juan Pablo II, Memoria e Identidad, Buenos Aires, Planeta, 2005, pág. 20 y sigs., ha dicho que: "Para esclarecer mejor este problema, hay que remontarse al período anterior a la Ilustración y, específicamente, a la revolución que supuso el pensamiento de Descartes en la filosofía. El cogito, ergo

sum -pienso, luego existo- comportaba una inversión en el modo de hacer filosofía. En la época precartesiana, la filosofía, y por tanto el cogito, o más bien, cognosco, estaba subordinado al esse, que era considerado primordial. A Descartes, en cambio, el esse le pareció secundario, mientras estimó que lo principal era el cogito. De este modo, no solamente se producía un cambio de rumbo en el modo de filosofar, sino también un abandono decisivo de lo que había sido la filosofía hasta entonces y, particularmente, para Santo Tomás de Aquino: la filosofía del esse... Así pues, a partir de Descartes, la filosofía se convierte en la ciencia del puro pensamiento: todo lo que es esse -tanto el mundo creado como el Creador- permanece en el campo del cogito, como contenido de la conciencia humana. La filosofía se ocupa de los seres en la medida en que son contenidos de la conciencia y no en cuanto existentes fuera de ella".

(5) Vid. Pessoa, Fernando, Eróstrato y la búsqueda de la inmortalidad, Buenos Aires, Emecé, 2001, pág. 123, nota 49 in fine. En la historia de la ciencia, dicho método se denomina "anacrónico", es decir, lo que va contra el tiempo, en un sentido u otro (avance o retroceso) véase: Kragh, Helge, Introducción a la historia de la ciencia, trad. del inglés, Barcelona, Crítica, 1989, pág. 120 y sigs.

(6) Argentina y los países de Hispanoamérica han transitado por ciclos de estabilidad alterados por revoluciones parciales que provocaron, a su vez, ciclos de crecimiento y de decadencia política y económica. Esta decadencia también encuentra su causa en los procesos de sustitución de los gobernantes civiles por militares y en las fallas de nuestra incipiente democracia, afectada tanto por la corrupción como por la demagogia, junto al desinterés de las personas en participar de la cosa pública. Lo cierto es que la revolución genera un daño mayúsculo a la sociedad que queda por un tiempo sumergida en sus ideas y paralizada en sus energías creadoras. Las libertades se ahogan y sólo crece el poder personal de los que mandan. Por esta razón, una de las misiones principales de la democracia consiste en mantener el equilibrio e impedir la revolución que, por su propia naturaleza autoritaria (al imponerse por la fuerza), es enemiga de las libertades y del crecimiento económico (conf. Cassagne, Juan C., Entre la estabilidad y la revolución, diario Clarín, sección Opinión, Buenos Aires, 15-3-05, pág. 27).

(7) Vid. Camus, Albert, El hombre rebelde, Buenos Aires, Losada, 1975, pág. 111 y sigs., obra ignorada por los escritores de izquierda que se dicen progresistas (aunque, en rigor, circulan en dirección opuesta al progreso).

(8) Desde luego, la crítica no apunta a frenar las reformas evolutivas o aun radicales que suelen demandar las instituciones en virtud de las exigencias del bien común.

(9) En oportunidad de intervenir como Jurado designado por la UBA en los concursos de antecedentes y oposición para discernir cuatro cargos de profesor titular de Derecho Administrativo, el profesor Alejandro Nieto señaló, hasta el cansancio, en la mesa examinadora, que las obras argentinas hacían exégesis más que ciencia jurídica. Pensamos que si bien es una tendencia que tiene algunos adeptos, hay que separar la paja del trigo y son muchos los libros, estudios y ensayos que abordan los principios antes que las normas, las categorías sustanciales antes que las descripciones, la historia de las instituciones, el origen de las fuentes, etcétera, en grado comparable al que exhibe la doctrina española, bastante inclinada al estudio del sistema positivo. Lo cierto es que la mayoría de nuestra doctrina, habituada a los constantes cambios institucionales y a la inestabilidad normativa, no suele apegarse a los textos. Sin embargo, en la doctrina argentina actual, se observa una tendencia a evitar las opiniones vernáculos y los debates de fondo prefiriendo realizar esfuerzos de erudición (generalmente de fuente española) reiterando mucho material conocido que está en libros extranjeros, cuyos argumentos no suelen refutarse, lo que acaso pudiera traducir una postura sumisa y poco creativa. Hay una suerte de snobismo intelectual y a muchos les parece mejor apoyarse en la doctrina foránea que en la nacional (por lo común, sin reciprocidad) y el hecho de que algunos autores argentinos actuales hayan elegido ese camino acentúa la dependencia y traduce una falta de identidad nacional. Lo esencial, como siempre, es mantener un equilibrio entre la doctrina vernácula y la comparada.

(10) Alberdi, Juan B., La República Argentina en 1880, Buenos Aires, Imprenta de Pablo Coni, 1881, pág. 71.

(11) Existen dos orientaciones doctrinarias que difieren en punto a la determinación de las fuentes de nuestro derecho público. La primera, más numerosa y apoyada en serios estudios que no ha podido desmentir la otra corriente, (entre otros, Alberdi, Linares Quintana, Marienhoff, Linares, Bosch, Sánchez Viamonte, Vanossi, y nosotros mismos) considera que la Constitución argentina no es una copia servil de la estadounidense y que sus fuentes están representadas por un conjunto de principios, normas y doctrinas provenientes, tanto del derecho norteamericano como de los europeos, destacando las raíces iberoamericanas de nuestro derecho constitucional y los antecedentes locales del período hispánico. La segunda línea doctrinaria parte de una premisa errónea de suponer (sin aportar demostración alguna) que nuestra Constitución es prácticamente copia de la norteamericana y deduce el equívoco de sostener que si el derecho procesal administrativo o las instituciones del derecho administrativo de fondo se fundan en fuentes europeas o antecedentes vernáculos, ello resulta incompatible con el modelo adoptado. Es evidente que este razonamiento alimenta un pseudo problema, encerrándose en un verdadero cul de sac (expresión esta usada por Bosch) del que no se puede salir sin la lectura y estudio de las fuentes históricas y constitucionales que, según las evidencias, algunos no han abordado.

(12) Véase Vigo, Rodolfo L., Interpretación constitucional, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2004, pág. 116 y sigs.

(13) Ex art. 95, actualmente art. 109 de la CN.

(14) Art. 108 de la Constitución chilena de 1833.

(15) Art. 7º del Reglamento del 22 de octubre de 1811. Debemos advertir que el mencionado precepto del Reglamento Provisorio no fue una creación vernácula, por cuanto reproduce el principio que figura en el reglamento provisional dictado por las Cortes de Cádiz el 16 de enero de 1811 para reglamentar las atribuciones del Consejo de Regencia (art. 1º, cap. III). Este principio de origen hispánico no encuentra símil en el derecho anglosajón. Sus antecedentes se remontan al antiguo derecho aragonés, vid. López de Haro, Carlos, *La Constitución y Libertades de Aragón y el Justicia Mayor*, Madrid, Reus, 1926, pág. 191 y sigs. Entre los artículos básicos inherentes a la formación del reino de Sobrarbe, según el texto de Blancas, el art. III prescribe: "No podrá el Rey juzgar por sí causa alguna sino con intervención del Consejo de sus súbditos" -conf. ob. cit., pág. 192-; (este libro, que se encuentra agotado, llegó a mis manos por gentileza de un librero de Marcial Pons). Llama la atención que en España, con posterioridad a la Constitución de 1978, ni la doctrina ni tampoco los textos constitucionales hayan profundizado el estudio de este antiguo principio en que se funda el sistema judicialista español, base de los hispano-americanos, magníficamente desarrollado en el Discurso Preliminar de Argüelles que acompaña a la Constitución gaditana.

(16) Véase, entre otros: Linares Quintana, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, "Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas", Buenos Aires, 2001, pág. 41 y sigs.; Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1958, pág. 81 y sigs., quien anota que, habida cuenta las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la norteamericana, tales diferencias "demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU." (pág. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se basa en el modelo francés de 1791 (pág. 89); Díaz Arana, Juan J. (h.), *Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1947, pág. 37 y sigs., y Vanossi, Jorge R., *El carisma de una Constitución perdurable*, publicación de los Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, LL, 2003-708.

(17) Urrutigoity, Javier, *El carácter local del Derecho Administrativo argentino*, en "Documentación Administrativa", n° 267/268, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, pág. 151 y sigs.

(18) Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, 7ª ed. act., Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2002, t. I, pág. 68 y sigs.; al respecto se ha dicho que dicho principio constituye la "guía para el establecimiento del límite entre lo público y lo privado" (conf. Barra, Rodolfo, C., *Las privatizaciones de la década del 90 y su influencia en el Derecho administrativo argentino*, "Documentación Administrativa", n° 269-270, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, pág. 382).

(19) Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, t. I, pág. 367 y sigs., esp. pág. 378 y sigs., y Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, cit., t. I, pág. 256 y sigs., esp. págs. 268-269.

(20) Cassagne, Juan C., *La construcción científica del derecho administrativo argentino a través de Miguel Santiago Marienhoff*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias, Buenos Aires, 1998.

(21) Comparar: Altamira Gigena, Julio I., *Actos administrativos que emanan de personas públicas no estatales y personas privadas*, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 305 y sigs.

(22) Comadira, Julio R.; Monti, Laura M. (colab.), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Anotada y comentada, Buenos Aires, LL, 2002-183-185; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, t. 3, cap. III, págs. 14-15.

(23) Conf. Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, t. II, pág. 43.

(24) Conf. Estrada, Juan R. de, *La primera reforma de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, EDLA, 1978-951; Cassagne, Juan C., *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos* 19.549, ED, 42-835.

(25) Véase: Monti, Laura M., *La teoría jurídica del acto administrativo*, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 251, texto y nota 7, aunque sin utilizar el criterio de la función administrativa en sentido material para definir el acto administrativo, adopta la definición que propusimos en nuestra primera edición de *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, pág. 81 y sigs.

(26) Stortoni, Gabriela, *El acto administrativo informático*, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 279 y sigs.

(27) Aguilar Valdez, Oscar, *El acto administrativo regulatorio*, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 289 y sigs.

(28) Comadira, Julio R.; Monti, Laura M. (colab.), *Procedimientos Administrativos*, cit., págs. 193-194.

(29) Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo*. Otros estudios, 2ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2003, pág. 33, ha dicho que el "tratamiento diferenciado y sucesivo de los elementos, la invalidez y los vicios propuesto por Cassagne en Argentina...constituye la mejor metodología lógica y didáctica pues no es coherente ni conveniente estudiar los vicios del acto, sin antes conocer sus elementos y los tipos de invalidez aplicables a cada uno de aquéllos".

(30) Fallos, 293:133 (1975), in re "Pustelnik, Carlos" en el que la Corte Suprema señaló "Que la invalidez de los actos de derecho público ha de enjuiciarse según las normas de la materia iuspublicista sin que a ello se oponga el recurso a las reglas del Código Civil en cuanto éstas guarden congruencia con la naturaleza, fines y garantías propias de aquellos actos, de modo que las categorías relativas a la invalidez, oriundas de

la citada fuente del derecho privado, puedan concebirse como principios generales del derecho... De acuerdo con tal criterio, la invalidez manifiesta de los actos cuya ilegitimidad o irregularidad aparece patente en los mismos sin que sea necesario investigar vicio oculto alguno, constituye un concepto general del orden jurídico, que sólo requiere una declaración judicial o administrativa a su respecto, a diferencia de la invalidez oculta que requiere del enjuiciamiento previo para que se torne visible..." (la bastardilla es nuestra).

(31) En este sentido, hubo autores como el maestro Diez que llegaron a modificar su postura original, coincidiendo con la nuestra, más afín con la LNPA que con otras construcciones doctrinarias; véase: Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, 2ª ed. act., Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. II, pág. 294 y sigs.

(32) Ley 16.986, art. 1º.

(33) Cassagne, Juan C., *Trascendencia y contenido de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, en "Ley de Procedimientos Administrativos", Buenos Aires, LL, 1999-14-15.

(34) Véase: Cassagne, Juan C., *La Ley Nacional...*, cit., págs. 845-846.

(35) García Pullés, Fernando, *La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución Nacional*, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 500 y sigs. Dice este autor que no participa de nuestra opinión en sentido favorable a la aplicabilidad del art. 4º del cód. penal que prescribe que las disposiciones generales del Código (particularmente los principios del derecho penal) a los delitos reprimidos por leyes especiales. En primer lugar, debemos aclarar que nunca hemos propugnado la aplicación de dicha norma "a todo el marco del Derecho Administrativo sancionatorio" -como erróneamente sostiene (pág. 508)-. Nos parece que el criterio interpretativo que, en su momento propusimos, es mucho más garantístico que el que postula García Pullés aunque por vía de la invocación de los Tratados Internacionales pueda arribarse, parcialmente, a similares consecuencias. Nuestra postura resulta congruente con la tesis que postula la unidad ontológica y conceptual entre delitos y contravenciones que hemos venido sosteniendo en línea con la doctrina española más autorizada. De otra parte, no existe principio alguno que vede la aplicación analógica de los principios del derecho penal al campo de las sanciones penales administrativas y el argumento de que es necesario primero resolver la cuestión de la existencia de facultades del Gobierno Federal para realizar tal regulación respecto a las faltas y contravenciones no es invocable cuando se producen carencias normativas y hay que recurrir a la analogía.

(36) Conf. Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, t. II, cit., págs. 27-29; criterio que entendemos sigue, básicamente, Mertehikian, Eduardo, *Nuevas alternativas de financiación de la contratación pública*, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., págs. 328-329, nota 11. El principio de juridicidad -aplicable a la Administración- configura una "ley jurídico-teórica" según la cual la acción administrativa precisa estar contenida en un precepto jurídico positivo no importando si éste es justo o injusto. El mayor difusor del principio en el derecho administrativo que reconoce la filiación kelseniana fue Adolf Merkl (véase *Teoría general del Derecho Administrativo*, traduc. del alemán, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, pág. 208 y sigs.). El principio, como puede apreciarse, no deja cabida a la justicia (expresada en los principios generales del derecho) ni a la razonabilidad, de modo que pretender sustituir la legalidad o la justicia por juridicidad entraña un contrasentido metodológico ya que pertenece al sistema positivista kelseniano. Para Fiorini, quien siguió parcialmente a Merkl, el principio de juridicidad llega a confundirse con el contenido de la Constitución (conf. Fiorini, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, 2ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. I, pág. 53). En otra parte de su obra critica el normativismo positivista adoptando algunas ideas de Santi Romano (ob. cit., pág. 56) y parece aceptar la existencia de valores o fines en la realización del derecho lo cual implica adoptar los principios del iusnaturalismo. Sin embargo, Fiorini no incluye a los principios generales del derecho entre las fuentes del Derecho Administrativo, lo que le resta sistematicidad a su concepción. Sólo incluye a los llamados principios de legalidad administrativa que son principios lógico-jurídicos de interpretación legal (ob. cit., pág. 63 y sigs.). En otros términos, los partidarios del iusnaturalismo no deberían utilizar este principio sino el de legitimidad (comprendido de la legalidad y de la razonabilidad o justicia) tal como lo hace Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1966, t. II, pág. 108 y sigs., esp. págs. 118-121.

(37) Publicado en JA, 55-376 y sigs. con nota de Bielsa.

(38) Una posición afín a la que sostenemos en el texto es la de Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, t. III, pág. VI-24-25; en cambio, la tesis contraria es propiciada por Comadira, Julio R.; Monti, Laura M. (colab.), *Procedimientos Administrativos*, cit., pág. 365 y sigs.

(39) Para un desarrollo completo de la evolución operada puede consultarse: Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, t. IV, pág. 692 y sigs. y Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, cit., pág. 480 y sigs.

(40) Caso "Vadell c. Prov. de Buenos Aires", Fallos, 306:2030 y en ED, 114-215, con nota nuestra, *La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte*.

(41) Perrino, Pablo E., *La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, ED, 185-781 y *Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita*, en "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pág. 59 y sigs.

- (42) Ver también: Andreucci, Carlos A., Responsabilidad del Estado en la Provincia de Buenos Aires, en "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", cit., pág. 265.
- (43) Sobre la responsabilidad del Estado por la actividad normativa, véase: Aberastury, Pedro (h.), Responsabilidad del Estado por actividad normativa, en "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", cit., pág. 123 y sigs.
- (44) Véase: Marienhoff, Miguel S., El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado, ED, 114-956; Reiriz, María G., Responsabilidad del Estado, en "El Derecho Administrativo Hoy", Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, pág. 228; Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, t. I, cit., pág. 557 y sigs. En contra: Bianchi, Alberto B., Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Buenos Aires, 1999, pág. 168 y sigs., aunque acotando su extensión.
- (45) Conf. Comadira, Julio R.; Monti, Laura M. (colab.), Procedimientos Administrativos, cit., págs. 395-396. Fallos, 310:943 ("Motor Once SAIC"); Fallos, 312:2308/2310 ("Jucalán"); Fallos, 301:403 ("Cantón").
- (46) Véase: Botassi, Carlos A., Responsabilidad del Estado por omisión, "Documentación Administrativa", n° 267-268, pág. 325 y sigs. y Gambier, Beltrán, Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión a la luz de la jurisprudencia, LL, 1990-E-616.
- (47) Conf. Finnis, John, Ley natural y derechos naturales, trad. del inglés, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 209 y sigs.
- (48) Vid. Sacristán, Estela B., Principios generales del procedimiento administrativo, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 266 y nuestro trabajo, "Principios generales del Procedimiento Administrativo", Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, pág. 17 y sigs.
- (49) Sobre la configuración y fundamento de estos principios nos remitimos a la doctrina que desarrollamos en Los principios generales del derecho en el derecho administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, pág. 25 y sigs; véase también Vigo, Rodolfo L., Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 9 y sigs., y en Interpretación Jurídica, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 111 y sigs.; Coviello, Pedro J. J., Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo argentino, "Revista Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 93 y sigs. Véase también el interesante enfoque que sobre los principios del derecho administrativo que, desde una visión iusnaturalista, hace Sarmiento García, Jorge H., Los principios en el derecho administrativo, Mendoza, Ediciones Diké, 2000, pág. 19 y sigs.
- (50) Coviello, Pedro J. J., La confianza legítima, ED, 177-894 y del mismo autor La protección de la confianza legítima, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, pág. 33 y sigs.
- (51) En Francia, los principios generales del Código Civil sobre la mala fe se aplican excepcionalmente a las relaciones administrativas; según la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que haya responsabilidad pública, los comportamientos de la Administración deben ser graves o sistemáticos. Un principio que se aplica en materia de ejecución contractual es el de loyauté (lealtad) el cual se viola cuando la Administración se aparta de un comportement raisonnable (comportamiento razonable) que sería de esperar por el cocontratante (conf. Bréchon-moulenes, Christine, De la loyauté de l'autorité publique cocontractante, "Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne", París, Dalloz, 2004, págs. 455-456).
- (52) Véase el lúcido trabajo de Grecco, Carlos M.; Guglielminetti, Ana P., El principio de proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (Glosas preliminares), "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 121 y sigs.
- (53) Mertehikian, Eduardo, Nuevas alternativas..., cit., págs. 328-329. Dicho autor considera, acertadamente, que "los principios de equidad, transparencia y eficiencia" deben respetarse en la asignación de los recursos públicos y, especialmente, en los llamados fideicomisos públicos.
- (54) Convención Interamericana contra la Corrupción firmada en la 3ª Sesión Plenaria de la Organización de Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, ratificada por la ley 24.759.
- (55) En materia de competencia, venimos sosteniendo, desde 1974, el principio de especialidad (El acto administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, págs. 191-192). Ha sido invocado en el voto del juez Belluscio en el caso "Angel Estrada y Cía. S.A. v. Resol. 71/1996; Sec. Ener. y Puertos", CS, A. 126 XXXVI, Consid. 14, 5-4-05. Ver también: Ivanega, Miriam M., Principios de la Administración Pública, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2005, pág. 147.
- (56) Conf. Linares, Juan F., Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1986, págs. 512-513, a quien seguimos en este punto. En la línea doctrinaria que propugna una concepción restringida de la noción: Barra, Rodolfo C., Hacia una concepción restrictiva del concepto jurídico del servicio público, LL, 1983-B-363 y Estrada, Juan R. de, Enseñanza privada y servicio público, ED, 119-955.
- (57) Conf. Meilán Gil, José L., El servicio público en el derecho actual, REDA, n° 17, Buenos Aires, Depalma, 1994, pto. II.1.
- (58) Consideramos que es un principio general del Derecho, propio del Derecho Público. En Argentina, las privatizaciones se basaron (sin que parezca haber cambiado la línea dominante) en el principio de subsidiariedad siguiendo la política mundial y la tendencia que impone el proceso de globalización, véase: Figueiredo Moreira Neto, Diogo de, A Globalizacao e o Direito Administrativo, en el libro Homenaje a Eduardo García de Enterría, titulado "Uma Avaliacao das Tendencias Contemporaneas de Direito Administrativo", Río de Janeiro, Renovar, 2003, pág. 543 y sigs.; Rivero Ysern, Enrique, El principio de

subsidiariedad, en "Uma Avaliacao...", cit., pág. 483 y sigs. y Fernández Farreres, Germán, Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad en el derecho administrativo español, en "Uma Avaliacao...", cit., pág. 491 y sigs.

(59) Véase Sarmiento García, Jorge H., Noción y elementos del servicio público, en la obra colectiva, "Los Servicios Públicos", Buenos Aires, 1994, págs. 9-10, sostiene que no considera conveniente englobarlos en la categoría del servicio público por ser su régimen diferente.

(60) Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 4ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. II, págs. 81-83; Linares, Juan F., ob. cit., págs. 610-511. La nota de obligatoriedad ya había sido advertida, en Italia, por Arnaldo De Valles ("I servizi pubblici", en Orlando, Vittorio E. (dir.), Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano, Milán, Società Editrice Libreria, 1930, t. VI, pág. 614 y sigs.).

(61) Una posición afín a la que sostenemos en el texto (no obstante diferir en otros puntos básicos de su ensayo) es la sostenida por Salomoni, Jorge L., El concepto actual de servicio público en Argentina, "Documentación Administrativa", n° 267-268, pág. 386. Al respecto, anota que el propósito público del servicio público "es la satisfacción de las necesidades materiales colectivas a través de actividades económicas que deban ser aseguradas por el Estado para alcanzar el bienestar general del Preámbulo de la Constitución..." (ob. cit., pág. 386). En lo que concierne al origen histórico de la noción de servicio público que Salomoni cree haber encontrado en el derecho argentino nos hubiera gustado comprobarlo. Pero creemos que dicha tesis carece de sustento. En primer lugar, porque de la mención a los servicios públicos en las leyes de la organización nacional (lo que en Europa era usual antes y después esa época) no es posible inferir construcción ni categoría jurídica alguna y menos, la atribución de potestades, las que estaban, eso sí, en los textos constitucionales, sin referencia explícita a los servicios públicos. Y en cuanto a algunos elementos que configuraron más tarde el régimen jurídico del servicio público (v. gr., regularidad y reversión) que figuraron en las "Bases del servicio" de la ley 24 de la Confederación Argentina y en el decreto legislativo de la Provincia de Buenos Aires de fecha 9 de enero de 1854 (ej. regularidad y continuidad) ellos ya se habían utilizado en Francia en las primeras concesiones ferroviarias (alrededor de 1830) de modo que no debiera sorprendernos su extensión a la Argentina. Por lo demás, la literatura jurídica francesa anterior a 1870 era conocida en Argentina y hemos podido acceder a ella a través, entre otras, de la que fuera la biblioteca de José Roque Pérez y la de nuestro recordado amigo Jorge Mayer (uno de los más grandes historiadores de Alberdi).

(62) Gilland, Tony; Vass, Peter, Regulatory Review 1993, London, Centre for the Study of Regulated Industries, 1993, explican el concepto de open access al sostener que la promoción de competencia en el mercado no trata sobre competencia para obtener redes alternativas de transporte, sino que trata de facilitar acceso en igualdad de condiciones a productores ubicados sobre la red que compiten entre sí, evitando conductas discriminatorias del propietario de la red en beneficio de su propia fuente de producción.

(63) Lachaume, Jean F., Grands Services Publics, París, 1989, pág. 23, indica que el régimen exorbitante del derecho privado constituye más una consecuencia de la presencia de un servicio público que un elemento de su definición.

(64) Nos hemos ocupado de este problema en dos trabajos: "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", ED, 161-857 y "El servicio público y las técnicas concesionales", LL, 1995-C-1174.

(65) Conf. Ariño Ortiz, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, con nuestro prólogo, ARA, Lima, 2004, pág. 616 y sigs. Para Ariño, lo que actualmente está en juego es el sentido así como los fines de la regulación a la que vislumbra, acertadamente, como un sustitutivo del mercado.

(66) Cassagne, Juan C., La Intervención Administrativa, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pág. 38 y sigs.

(67) Véase De La Cuétara, Juan M., Servicio Público y Telecomunicaciones, publicación de la Universidad Autónoma de Madrid, de 1995, que reproduce la conferencia del autor en las Jornadas Internacionales de Servicios Públicos, realizadas en Mendoza en octubre de 1994.

(68) Para Cítara la declaración formal que justifica la calificación legal de una determinada actividad como servicio público es "la conciencia pública de una necesidad comunitaria que, por los motivos propios de la situación del momento, se entiende debe ser satisfecha por el Estado" (Cítara, Rubén M., El Servicio Público, Parte I, Buenos Aires, 1995, pág. 93). Al respecto, puntualiza que esa necesidad no debe ser de aquellas que pertenecen primariamente al campo de acción de los particulares y que la declaración formal está limitada por el principio de subsidiariedad (ob. cit., pág. 60).

(69) Véase: Mairal, Héctor A., La influencia de los Derechos francés, español y norteamericano en el concepto de servicio público del Derecho Administrativo argentino, "Documentación Administrativa", n° 267-268, pág. 353, especialmente nota 60, que ahora parece haber comprendido nuestra tesis y cuyas afinidades con algunos aspectos de nuestra doctrina (que omite mencionar) saltan a la vista comparando una y otra postura (ej. en materia de revocación por razones de interés público, en la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus y en el rechazo de las cláusulas exorbitantes implícitas). Por lo demás, el trabajo citado pone el acento en la influencia de los derechos francés (que esta vez nos pareció excelente) norteamericano y español en la doctrina clásica nacional (de hace cincuenta años) sin profundizar en las proyecciones que tiene la doctrina actual del derecho administrativo argentino que omite mencionar en el texto. Tampoco analiza la postura de Gordillo que resulta totalmente opuesta a la suya.

- (70) Ariño Ortiz, Gaspar, Economía y Estado, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- (71) El término regulación económica, o en una de sus modernas acepciones "regulación incentiva", significa simplemente la idea que la mejor forma de regulación es aquella que alienta naturalmente a la empresa regulada a comportarse en el interés de sus clientes, suministrando calidad por dinero, sin que los reguladores se involucren en decisiones puntuales de la compañía (Carsberg, Sir Bryan, Incentive Regulation, London, Centre for the Study of Regulated Industries, 1992, pág. VII).
- (72) El nuevo sentido que le asignamos a la publicatio nos acerca a la postura expuesta por Ariño quien, aunque habla de despublicatio, reconoce la responsabilidad estatal en mantener un nivel mínimo para determinadas prestaciones (conf. Ariño Ortiz, Gaspar, Principios..., cit., pág. 622).
- (73) Véase Marienhoff, Miguel S., "Los 'privilegios en el derecho público' (exclusividad; monopolio; exención impositiva). Lo atinente a la 'reserva de zona'. La 'zona de influencia'", ED, 162-1200.
- (74) Kinnie Smith, S. (jr.), Future Structures for the Regulated Energy Industries Intramuros the United States, "Journal of Energy & Natural Resources Law", vol. 13, n° 2, mayo 1995, pág. 74, analiza la regulación del servicio público en el mercado energético del futuro.
- (75) Conf. art. 42 CN. Se ha señalado que el mal funcionamiento de los servicios públicos deslegitima al Estado: Martínez Marín, Antonio, El Buen Funcionamiento de los Servicios Públicos, 2ª ed., Madrid, 1990, pág. 17 y sigs.
- (76) Nallar, Daniel, El alcance de las competencias de los entes regulatorios de servicios públicos (con especial referencia a la potestad reglamentaria), REDA, n° 51, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pág. 19 y sigs.
- (77) En Argentina, se ha utilizado, desde Bielsa en adelante, la figura de la entidad autárquica, por influencia de la doctrina italiana, así como ocurrió en otros institutos (acto administrativo, en especial presunción de legitimidad y ejecutoriedad, legitimación, servicio público, etc.). En nuestra doctrina, la obra de Fiorini exhibió notoriamente esa influencia.
- (78) Ampliar en Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, t. I, cit., pág. 669.
- (79) Comadira, Julio R., Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores, en "Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo. Otros estudios", 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 217 y sigs.; Mata, Ismael, Los entes reguladores de servicios públicos (La experiencia argentina), "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 395 y sigs., en contra: Reiriz, María G., La participación ciudadana en la gestión administrativa y en el control, "Revista Jurídica de Buenos Aires", Buenos Aires, LexisNexis, 2004, pág. 396, considera que son órganos constitucionales de existencia necesaria. Aparte de las razones que damos en el texto consideramos que la mención del art. 42 de la CN no implica atribuirles esa condición que, por lo demás, chocaría con el principio básico de la organización administrativa que es el sistema presidencialista. De otra parte, suponer que estos órganos serán neutrales sólo porque dependan del Congreso o sean formalmente independientes es, en la actual Argentina, una utopía sólo fundada en la ideología política de quienes pretenden reducir la influencia del sistema presidencialista para frenar los impulsos socializantes y revolucionarios, (por más buena fe que tengan los juristas sostenedores de esta tesis).
- (80) Hace algunos años, García de Enterría sostuvo que la reversión no era una cláusula política sino económica ("El dogma de la reversión de las concesiones", en el libro Dos Estudios sobre la Usucapión en el Derecho Administrativo, Madrid, 1974). En su momento, Ariño Ortiz propició la atenuación del rigor del dogma de la reversión al propiciar la eliminación de la reversión gratuita cuando no se habían amortizado las inversiones del concesionario: Véase El Servicio Público como alternativa, "Revista Española de Derecho Administrativo", n° 23, Madrid, Civitas, 1979, pág. 537 y sigs., especialmente pág. 556; en el mismo sentido: Del Guayo Castiella, Iñigo, El Servicio Público del Gas, Madrid, 1992, pág. 211.
- (81) Art. 4º, inc. 5º del decreto 1738/92 [EDLA, 1992-751].
- (82) Arts. 6º y 7º de la ley 24.076 [EDLA, 1992-171].
- (83) Conf. Fanelli Evans, Guillermo E., El ius variandi en los contratos administrativos, en "El Derecho Administrativo hoy", Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pág. 197.
- (84) Véase Mestre Delgado, Juan F., La Extinción de la Concesión de Servicio Público, Madrid, 1992, pág. 66 y sigs.
- (85) Sala Arquer, José M., El Principio de Continuidad de los Servicios Públicos, Madrid, 1977, pág. 1920, se refiere a este principio calificándolo como principio de adaptación si bien sin extraer las consecuencias que sostenemos en el texto. En nuestra opinión, el principio de mutabilidad del servicio público debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42, CN) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, CN) que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.
- (86) La caracterización de la tarifa sobre una base contractual se advierte en los marcos regulatorios eléctrico (arts. 42 y 46, ley 24.065) y del gas (art. 37, y sigs., ley 24.076); con anterioridad, Grecco sostuvo "el carácter estrictamente reglamentario de todas las disposiciones concernientes a la organización y funcionamiento del servicio público, entre las cuales se halla, naturalmente, el punto relativo a las tarifas" (Grecco, Carlos M., Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario, en REDA, n° 5, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 491).
- (87) Art. 4º, inc. 5º del decreto 1738/92.
- (88) Sobre la emergencia en Argentina, véase: Gallegos Fedriani, Pablo O., Poder de policía y poder de policía en la emergencia, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 485 y sigs.

- (89) En algunos servicios, como el de agua y saneamiento, las inversiones son de una magnitud tan grande que torna prácticamente imposible incorporarlas in totum a la ecuación económico-financiera de la concesión. Esta situación lleva a reflexionar acerca de la conveniencia de introducir cambios a la figura de la antigua concesión para adaptarla a los nuevos tiempos a través de otras modalidades contractuales que combinen el principio del riesgo, de la gestión privada autónoma y de las tarifas sufragadas por los usuarios, con la financiación estatal de las obras de saneamiento. Por lo demás, el efecto de las externalidades extraordinarias y fuertemente generalizadas de los servicios de agua y saneamiento justifica los subsidios cruzados, a diferencia de otras prestaciones de servicios públicos.
- (90) Fallos, 216:212, in re "Cinplast S.A. c. ENTel" de fecha 20-3-93.
- (91) Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, cit, 3ª ed. act., t. III-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pág. 376 y sigs.
- (92) Con anterioridad a la situación de emergencia, Druetta, Ricardo T., trató el tema de la renegociación contractual en un interesante trabajo titulado Renegociación del contrato administrativo, en "Contratos Administrativos", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 359 y sigs.
- (93) Art. 4º de la ley 25.790.
- (94) Art. 1º in fine de la ley 25.790.
- (95) Art. 2º de la ley 25.790.
- (96) Art. 3º, parte 1ª, de la ley 25.790.
- (97) Art. 3º, parte 2ª, de la ley 25.790.
- (98) Art. 2ª, parte 2ª, de la ley 25.790.
- (99) Ver Mabromata, Enrique G., Sacrificio compartido: ¿nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?, Gordillo, Agustín A. (dir.), El Contrato Administrativo en la actualidad, Buenos Aires, LL, 2004-136 y sigs.
- (100) La aplicación del principio de solidaridad en los servicios sociales se ha diferenciado de la que corresponde hacer en los servicios públicos, véase: Sarmiento García, Jorge H., Los principios..., cit., pág. 106.
- (101) Conf. Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por decreto 1023 de 2001, art. 5º, incs. c) y d), en adelante RCAN.
- (102) Conf. Ariño Ortiz, Gaspar, Estudio Introductorio, en Ariño y Asociados, Comentarios a la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, t. I, Granada, Comares, 2002, pág. 15 y sigs.; González-Varas Ibáñez, Santiago, El Contrato Administrativo, Madrid, Civitas, 2003, pág. 257 y sigs., especialmente págs. 266-269. 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.
- (103) 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.
- (104) Vid. Entrena Cuesta, Rafael, La nueva contratación pública, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, págs. 30-31.
- (105) Conf. González-Varas Ibáñez, Santiago, ob. cit., pág. 266 y nota 294.
- (106) Como lo sostiene Coviello, Pedro J. J., "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1993, pág. 99 y sigs.
- (107) "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Corrientes Provincia de y Banco de Corrientes s/cobro de australes", Fallos, 315:158 (1992).
- (108) In re "Cinplast c. ENTel", Fallos, 316:212 (1993), que acoge el criterio sustentado por el doctor Fayt en el voto emitido en el caso "Dulcamara", Fallos, 313:376 (1990).
- (109) Coviello, Pedro J. J., ob. cit., pág. 117.
- (110) En "Schirato Gino c. Nación Argentina", Fallos, 304:490 (1982).
- (111) En "Davaro, Saúl c. Telecom S.A. s/juicio de conocimiento" [ED, 151-304], Fallos, 315:1883 (1992) aunque todavía no se puede vislumbrar cuál será la tendencia definitiva.
- (112) Véase Coviello, Pedro J. J., ob. cit., pág. 111.
- (113) Criterio utilizado en el caso "López, Juan Manuel y otra c. Nación Argentina (Fuerza Aérea Argentina) s/ordinario", Fallos, 306:731 (1984).
- (114) Ariño Ortiz, Gaspar, Estudio Introductorio, cit., pág. 42.
- (115) Ariño Ortiz, Gaspar, Estudio..., cit., anota que "La experiencia histórica y comparada demuestra que es mucho peor, y mucho más indefensa, la condición del contratista en los países del common law, en los que no existe un Derecho administrativo de la contratación, que en aquellos como el nuestro en que éste existe; que es mucho más generoso con el contratista el derecho público que el derecho privado, por la sencilla razón de que aquel está presidido por el principio de igualdad ante las cargas públicas, que en nuestro ordenamiento es la clave para entender el régimen de indemnizaciones, y aun de riesgos y de equivalencia material de las prestaciones en el contrato administrativo, frente a la puramente abstracta y sinalagmática del derecho civil".
- (116) Como el que ha propuesto Mairal, Héctor A., La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas, en Gordillo, Agustín (dir.), El Contrato Administrativo en la Actualidad, Buenos Aires,

LL, 2004-3 y sigs.

(117) Ampliar en: Farrando, Ismael, La contratación administrativa: normas y principios, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 314 y sigs.

(118) Comadira, Julio R., La licitación pública, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 93 y sigs.; Mertehikian, Eduardo, Ley de Administración Financiera y Control de Gestión, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1999, págs. 237-239; Gordillo, Agustín A., Tratado, cit., t. II, Cap. XII-1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000 y Cassagne, Juan C., El contrato administrativo, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 43.

(119) Panetta, Marisa L., Ambito de aplicación de las normas anti-corrupción, REDA año 14, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002, pág. 425 y sigs.

(120) Decreto 1023/01 [EDLA, 2001-B-158], art. 24.

(121) Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, 3ª ed., t. I, Buenos Aires, Macchi, 1995, Cap. XI-38-39.

(122) Decreto 1023/01, art. 12, inc. b), 2° parte; véase: Fonrouge, Máximo J., La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público, en AA.VV., "Contratos administrativos", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, 1999, pág. 554 y sigs.

(123) Como bien lo ha destacado Mairal, Héctor A., La teoría del contrato..., cit., pág. 13.

(124) Ariño Ortiz, Gaspar, Estudio Introductorio, cit., pág. 42.

(125) Cassagne, Juan C., El contrato administrativo, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, págs. 95-98.

(126) Mairal, Héctor A., La influencia..., cit., pág. 358.

(127) Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, t. I, cit., pág. 90 y sigs. Los requisitos que señalamos en las sucesivas ediciones del t. II de nuestro Derecho Administrativo para admitir el ejercicio de la actividad jurisdiccional en forma excepcional y limitada, siempre sometido al control judicial suficiente (ley atributiva de la función jurisdiccional a un ente o tribunal administrativo, razones de especialidad que justifiquen de un modo la razonabilidad de esa atribución y la independencia del órgano) (ob. cit., t. II, pág. 86), han sido adoptados en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema (in re "Angel Estrada y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos", CS, 5/4/2005).

(128) Sobre el sistema norteamericano, véase: Tawil, Guido S., Administración y justicia, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. I, págs. 112-115 y Bosch, Jorge T., ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?, Buenos Aires, Zavallá, 1951, pág. 220 y sigs.

(129) Cassagne, Juan C., El acceso a la justicia administrativa, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, año XLIX, Segunda época, n° 42, LL, 2004-14.

(130) Salvando algunas diferencias conceptuales sobre el alcance de la revisión judicial, tal es la postura seguida por Mata, Ismael, Los entes reguladores de servicios públicos, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 415 y por Coviello, Pedro J. J., ¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento, Cassagne, Juan C. (dir.), Derecho procesal administrativo. Obra homenaje a Jesús González Pérez, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 269 y sigs.

(131) Lo cual ha sido advertido por García de Enterría, Eduardo, en el libro Democracia, jueces y control de la Administración, Civitas, Madrid, 1995, pág. 173.

(132) A partir de su Derecho Procesal Administrativo, 3 tomos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956 y más tarde en los sucesivos Comentarios a La ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 2ª y 3ª ed., Madrid, Civitas, 1994-1998.

(133) La doctrina de la Corte Suprema admite actualmente la revisión de oficio de los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa, véase: Bezzi, Ana M., Habilitación de la instancia contencioso administrativa, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 28 y sigs.

(134) Como se postula para interpretar la regulación del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, véase: Balbín, Carlos F., Sobre la habilitación de la instancia en el proceso contencioso-administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, LL, 2000-D-1161 y sigs.

(135) Sobre la evolución de la tutela cautelar en el contencioso provincial, véase: Soria, Daniel F., Tendencias actuales del proceso administrativo en las provincias argentinas, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., págs. 166-171.

(136) Se ha dicho que los plazos de caducidad deben interpretarse como recaudos "para servir a la justicia, no para impedir su ejercicio", véase Sotelo De Andreau, Mirta, El plazo de interposición de la demanda en el proceso contencioso-administrativo, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 54.

(137) Grecco, Carlos M., La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial, LL, 1980-D-1306 y sigs.; Cassagne, Juan C., La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial, REDA n° 3, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 98 y sigs. En la doctrina española puede verse, entre otros: Sainz Moreno, Fernando, Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madrid, Civitas, 1976.

(138) Sesín, Domingo, Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial, Buenos Aires, Depalma, 1994, y del mismo autor El control judicial de la discrecionalidad administrativa, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 87 y sigs.

(139) Sobre la reducción de la discrecionalidad, véase: Marcer, Ernesto A., *Demandas contra el Estado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, págs. 82-86.

(140) Conf. ley 23.982, art. 22; véase Hutchinson, Tomás, *El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado en Argentina*, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 113 y sigs.

(141) "Giovagnoli, César Augusto c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/Cobro de Seguro", del 16-9-99 (Fallos, 322:2132); "Geope S.A. Cía General de Obras Públicas y otro c. Estado Nacional Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos" (LL, 1994-E-279); "Quintillán, Ernestina M. c. Estado Nacional Ministerio de Cultura y Educación y otro" (LL, 1996-C-437) entre otros.

(142) La legitimación, hoy día, no se encuentra más limitada por las categorías tradicionales del derecho subjetivo e interés legítimo e incluso, del interés difuso. Se reconoce que ella se configura cuando el titular de la pretensión alegue una situación de provecho, utilidad, ventaja, beneficio o perjuicio (de carácter individual o colectivo), véase: Jeanneret de Pérez Cortés, María, *La legitimación y el control judicial*, "Documentación Administrativa", n° 267-268, cit., pág. 12.

(143) Ampliar en Rocha Pereyra, Gerónimo, *La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación*, Cassagne, Juan C. (dir.), *Derecho procesal administrativo*, cit., t. I, pág. 685 y sigs.; una crítica sobre los requisitos para la designación del Defensor del Pueblo puede verse en: Barraza, Javier I., *El Defensor del Pueblo en la República Argentina. Propuesta para una reforma legislativa*, "Documentación Administrativa", n° 269-270, cit., pág. 247 y sigs.

(144) Guglielmino, Osvaldo C., *Medidas cautelares contra la Administración*, "Revista Actualidad en el Derecho Público", n° 13, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pág. 81, indica, con acierto, que el desafío consiste en encontrar un equilibrio entre la justicia de la seguridad y la justicia de la celeridad".

(145) En los Estados Unidos, el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la administración y de las agencias federales, está lejos de concebirse como un sistema de control desconcentrado, tal como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general, rige el principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante cortes federales expresamente asignadas (APA, Sección 703); b) en la mayoría de los casos, los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos statutory revision que importan recursos directos ante las cortes federales de apelaciones de circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no haya remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra los Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye jurisdicción exclusiva a las cortes federales de apelaciones de circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas, regla especial que prevalece sobre las anteriores (USCA, t. 28, cap. 158, sec. 2342); y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohíba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente.

(146) Vid. Bianchi, Alberto B., *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Abaco, 2001, pág. 17 y sigs.; García Pullés, Fernando, *El proceso contencioso-administrativo como instrumento de control. La eficacia del proceso judicial. La acumulación de procesos y los procesos de clase*, en Cassagne, Juan C. (dir.), *Derecho procesal administrativo*, cit., t. I, pág. 151 y sigs.

(147) Un buen análisis acerca del principio de subsidiariedad como alternativa frente al Estado Benefactor y en línea con nuestra doctrina es el que ha efectuado Ignacio De la Riva en su excelente tesis hecha en la Universidad de Valladolid, publicada en el libro *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 73 y sigs.

(148) Uslenghi, Alejandro, *Problemática del derecho urbanístico actual*, en AA.VV., "Servicio Público y Fomento", Buenos Aires, RAP, 2003, pág. 741 y sigs.

(149) Alberdi, Juan B., *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*, Obras Completas, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886, t. V, pág. 157.

(150) Linares, Juan F., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 20, cuyo pensamiento suele ser tergiversado en nuestra doctrina, después de señalar la relatividad de la aplicación del derecho europeo apuntó que "también difiere nuestro derecho administrativo del sistema iuspublicista vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pese a la similitud de nuestra Constitución con la de aquel país, porque: 1) el sistema federal es distinto; y 2) el common law americano, pese a regir casi exclusivamente para el derecho privado, imprime a su derecho administrativo objetivo, legislado y científico, ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares de difícil aplicación al nuestro".

(151) Bosch, Tristán, *¿Tribunales...*, cit., págs. 44-45, sostiene que no es cierto que nuestra Constitución de 1853 fue "una copia servil" de la norteamericana. Sobre las fuentes del sistema judicialista argentino, expresa: "No obstante, no debe creerse que nuestro sistema judicialista en materia de contralor jurisdiccional de la Administración tiene como punto de partida la Constitución de 1853, ni que constituye un injerto exótico en nuestro ordenamiento institucional. Más bien podría sostenerse lo contrario y expresarse que aquel momento constituye el punto final de una evolución que ya venían sufriendo las instituciones patrias y que arranca del período hispánico. El establecimiento definitivo del sistema

judicialista en el citado año, no significa una ruptura de la continuidad de nuestra historia jurídica, sino más precisamente un salto adelante, o si se prefiere, un vuelco definitivo a favor de un régimen que con anterioridad iba perfilándose lentamente" (ob. cit., pág. 45).

(152) Vid. Nieto, Alejandro, La función pública y la corrupción, "Revista Jurídica de Buenos Aires", cit., pág. 451 y sigs., y Comadira, Julio R., Función pública y corrupción, "Revista Jurídica de Buenos Aires, cit., pág. 463 y sigs.

(153) Ampliar en Halperin, David A., La Convención Interamericana contra la Corrupción y algunos temas de derecho administrativo, LL, 1998-B-1329.