

PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE CARA A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE BASES

Por Magíster María José Rodríguez

SUMARIO

Introducción. La “Ley de Bases”: la concreción sistémica de la “autorregulación regulada”	02
1. El paradigma de la “autorregulación regulada”	02
1.1. El rol del Estado garante en la “autorregulación regulada”	03
1.2. La “autorregulación regulada” de cara al principio de legalidad que postula la vinculación positiva de la Administración y fulmina las “zonas francas” a la actuación estatal	05
I. Las prerrogativas de la Administración	07
1. Las prerrogativas de la Administración y el principio de legalidad	07
2. Sobre la inherencia de las potestades a la función administrativa	09
3. Fundamentos o razones de la necesaria regulación legal de las prerrogativas de la Administración en el marco de la contratación administrativa	10
3.1. Porque los derechos de las personas solo pueden ser limitados por ley formal del Congreso (arts. 14 y 28 CN)	11
3.2. Porque así corresponde por el principio de vinculación positiva de la Administración a la ley formal (principio de legalidad)	12
3.3. Ventajas para el particular contratista y los administrados: seguridad jurídica e igualdad	13
4. La sustantividad de la contratación administrativa	15
5. La vocación omnicomprendiva del Régimen de Contrataciones del Estado perfilado por el Decreto delegado N.º 1023/01 y la regulación legal de las prerrogativas con sentido integral y unidad de sentido	18
6. La fragmentación normativa producida por las Leyes N.º 27.328 (de Contratos de Participación Público Privada) y N.º 27.742 de la Ley de Bases (Título III, modificatorio del Contrato de Concesión de Obra Pública perfilado por la Ley N.º 17.520)	21
7. La supresión del párrafo <i>in fine</i> del art. 7 LNPA	23
8. Los contratos de concesión de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos (Ley N.º 17.520 según las modificaciones introducidas por la Ley de Bases). Especial referencia a las prerrogativas	26

8.1. Los paneles técnicos sustitutivos de la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato	28
8.2. La posición de la Administración en el caso de los contratos nulos	29
8.3. La revocación del contrato por interés público y el reconocimiento del lucro cesante	30
8.4. El <i>ius variandi</i>	32
8.5. El desplazamiento de los marcos legales regulatorios de los servicios públicos	34
8.6. Tribunales arbitrales. Prórroga de jurisdicción	35
8.7. La “deslegalización” de las prerrogativas de la Administración en el contrato administrativo: su regulación por la documentación licitatoria contractual	36
8.8. El consiguiente desguarecimiento del interés público como consecuencia de la aplicación de la técnica de la “deslegalización” de las prerrogativas estatales y de la correlativa “legalización” de las garantías	38
8.9. Otros aspectos tuitivos de la Ley Bases en sinergia con el tratamiento de las prerrogativas que sistémicamente considerados, desbalancean el equilibrio contractual de cara a las otras regulaciones contractuales (Decreto delegado N.º 1023/01 y Ley N.º 27.328)	39
9. “Organizar” las prerrogativas de la Administración si no podemos expulsarlas... ..	40
II. Suma conclusiva: el <i>desideratum</i> de recuperar la unidad normativa correlativa a la sustantividad de la categoría contractual. La concreción de la igualdad de contratistas y destinatarios de bienes, servicios y obras	43

Introducción. La “Ley de Bases”: la concreción sistémica de la “autorregulación regulada”

1. EL PARADIGMA DE LA “AUTORREGULACIÓN REGULADA”

Es nuestro propósito demostrar someramente en este trabajo que el conjunto de las modificaciones implementadas por la aludida Ley de Bases, verdadero corte transversal al derecho administrativo —sistémicamente examinadas— se enroлан, en nuestra opinión, en la *ratio* del fenómeno apuntado, la “autorregulación regulada”.

Esta, si bien no apostata de la regulación estatal, importa el desplazamiento de la ley como fuente normativa por el contrato.

La novedad —resaltamos una vez más— ciertamente no está tanto en las modificaciones individualmente consideradas que introduce la Ley de Bases, muchas de ellas, valiosas, sino en el resultado sistémico de estas, en la sinergia que surge del total de las modificaciones holísticamente ponderadas, en su unidad de sentido y consistencia y en su funcionalidad acumulativa.

Esta funcionalidad del conjunto es la que permite enmarcar a los institutos del derecho administrativo que han recibido modificaciones por la referida Ley de Bases en el paradigma de la “autorregulación regulada” y como facilitadores del desplazamiento del principio de legalidad¹ de la Administración, de la ley, por el contrato.

1.1. El rol del Estado garante en la “autorregulación regulada”

Es sabido que, por diferentes motivos, primordialmente de índole económica y financiera, que pueden sintetizarse en la conocida frase de que “los números no cierran”² (los números del Estado) —pero también debido al correlativo empoderamiento tecnológico y económico privado—, el denominado Estado de Bienestar que se expresa en derecho administrativo, a través de una Administración prescricional, ha dado paso al llamado Estado garante o Estado regulador³.

1. Un ejemplo de este fenómeno se advierte en los contratos de participación público privada, en adelante, PPP. Justamente Balbín atribuye a este desplazamiento de la regulación estatal por la autonomía de voluntad del Estado contratante con el contratista, el fracaso de los contratos que implementaron el formato PPP. Expresa este autor al respecto: “Fracasa por su propia estructura jurídica, es decir, no solo tenemos que buscar el porqué de este mito o fracaso en la estructura económica y financiera de los contratos PPP, sino en la estructura jurídica”; agregando: “En un contrato de obra pública las reglas las define el Estado. Tras este conjunto de reglas, el Estado suscribe el contrato con el empresario. En el contrato PPP la regla estatal es mínima y por tanto, la regla nuclear del contrato se construye a través del diálogo entre el empresario y el contratista” (v. Balbín, Carlos, “Mito y realidad de los contratos PPP”, disponible online en <https://www.youtube.com/watch?v=DjtaczMGrOU>).

También Cassagne se percata del fenómeno al observar el nuevo papel del Estado en el marco de estos contratos, explica: “Aunque es probable que no haya sido un propósito perseguido en forma explícita por el régimen estatuido, un análisis objetivo acerca de su implantación y las posibilidades que se abren indica que, de ser utilizado, puede operarse una modificación en el papel del Estado en la planificación de los proyectos de obras y/o servicios públicos de la infraestructura pública. (...) ese cambio puede implicar, en virtud de la amplitud que caracteriza a la iniciativa privada, que las empresas sustituyan al Estado en el papel que antes cumplía en la planificación de los distintos proyectos, así como en la elaboración de los marcos regulatorios y en la determinación de las condiciones (técnicas, económico-financieras, jurídicas, etc.) de los pliegos. De ese modo, la empresa que fuera autora debe buscar la armonización del interés privado con el público, asumiendo, en este último caso, el papel que correspondía al Estado en el antiguo esquema contractual.” (v. Cassagne, Juan C., “Sobre los contratos de Asociación Pública Privada (PPP) en Argentina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, II-LXV-169).

2. La versión argentina de esta frase puede encontrarse en la conocida declaración efectuada por el actual Presidente de Argentina, Javier Milei, “No hay plata”, que ha devenido un verdadero *leitmotiv* de la acción estatal, e incluso, un *slogan* en el ámbito privado.

3. Sobre el Estado Garante como Estado Subsidiario, v. Cassagne, Juan C., *El Principialismo y las Fuentes de la*

Este fenómeno va acompañado del tránsito de la heteronormatividad a la autonormatividad, esto es, a la “autorregulación regulada”; de la ley al contrato⁴. No desaparecen ni la ley ni el reglamento, pero dejan mayor autonomía de voluntad reguladora a las partes privadas, las que emiten sus normas, encuadrándose en un bloque de legalidad más amplio, que no fija pormenores; muchas veces; se trata, de normas que dan forma, primordialmente, al *soft law* o *droit souple*, *droit mou* (derecho flexible o blando) y no a un derecho imperativo (*ius cogens*).

La función del Estado, en este modelo, se reconduce más bien a la regulación de aspectos generales o globales, y al control.

Se ha representado este nuevo paradigma con la imagen de un bote en el que el Estado dirige al mando del timón, a vigorosos remeros (la sociedad empoderada integrada por grupos económicos de gran poder tecnológico) con la idea de enderezarlos hacia el Bien Común.

Pero frente a esa imagen, aparecen —entre otros— interrogantes como el que plantea Rainer Wahl⁵, ¿tendrá el Estado que conduce el timón, la fuerza suficiente frente a estos remeros para lograr que cambien el rumbo o lo enderecen, si no le obedecen...? ¿hasta dónde podrá contrarrestar el Estado al timón, la fuerza de tan poderosos y obstinados remeros y hacer prevalecer el rumbo hacia el bien común?⁶

Por otra parte, cabe tener presente que este paradigma se proyecta desde zonas geográficas como la Unión Europea (UE) que ya, por el solo fenómeno de la integración lograda que las nuclea, marcan diferencias con países, como el nuestro, que en el concierto internacional económico operan —en los hechos y a pesar del Mercosur— de modo individual, es decir, no integrados en bloques. Al respecto resultan pertinentes los comentarios que efectúa el profesor Alejandro Pérez Hualde al destacar el proteccionismo de que gozan los miembros de la menciona-

Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino, Ediar, Bs. As., 2023, ps. 56 y ss.

4. V. Esteve Pardo, José, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2023.

5. Wahl, Rainer, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Bs. As, 2013, p. 133.

6. Ídem.

da UE con respecto a terceros países, con la consiguiente producción regulatoria. En definitiva, podría decirse que estos países si aplican el paradigma, lo hacen *ad intra* de la Unión pero no *ad extra*⁷.

1.2. La “autorregulación regulada” de cara al principio de legalidad que postula la vinculación positiva de la Administración y fulmina las “zonas francas” a la actuación estatal

Con preclaras palabras sostiene Barra, que el bien común o interés público, por ser un bien para otros (la comunidad), no puede ser definido por la Administración Pública —y menos por el particular administrado—, agregamos nosotros.

Se trata del interés de la comunidad y es a ella a la que cabe su definición, aun cuando lo haga a través de la misma organización estatal por un sistema político de representación que, en el constitucionalismo democrático, es confiado al órgano o poder legislativo⁸.

De estos principios emana la primacía de la ley sobre la Administración pública (centralizada y descentralizada), lo que quiere decir que en este campo, la autonomía de la voluntad es reemplazada por el principio de legalidad, en un sistema complejo en donde actúan, según una especial relación jerárquica, la Constitución, las leyes emitidas por el órgano legislativo y los reglamentos originados en

7. V. Pérez Hualde, Alejandro, “La evaluación de impacto desregulatorio”, en Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Un corte transversal al derecho administrativo”, organizado por el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, los días 16 y 17 de diciembre de 2024, Día 1, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/6032/programa_web.pdf. A título de ejemplo de las innumerables regulaciones que contrastan con la filosofía del paradigma exportado, puede verse la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de Luxemburgo, vertida el 22 de octubre de 2024, en el asunto C-652/22 | Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret. En ella, se resolvió que los operadores económicos de un país tercero que no haya celebrado con la Unión un acuerdo internacional en materia de contratación pública no pueden invocar la igualdad de trato en este ámbito. Se resaltó que a falta de un acuerdo internacional celebrado entre la Unión Europea y un país tercero en materia de contratación pública, los operadores económicos de ese país tercero no pueden invocar las disposiciones de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014 (relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE), para pretender participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público en la Unión en pie de igualdad con los licitadores de los Estados miembros o de países terceros vinculados por dicho acuerdo. Se precisó también en la sentencia que habida cuenta de la competencia exclusiva de la Unión en el ámbito de la política comercial común, las autoridades nacionales no están facultadas para aplicar las disposiciones nacionales que transpongan las normas contenidas en dicha Directiva a los operadores económicos de países terceros que no hayan celebrado con la Unión un acuerdo internacional de ese tipo.

8. Barra, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Abaco, 1989, ps. 18 a 20, con cita de García de Enterría y Ramón Fernández.

la propia Administración Pública pero que también para ella integran la zona de legalidad de respeto imperativo, solo derogables o modificables por otra norma de igual o mayor jerarquía⁹.

El principio de legalidad —prosigue el autor citado— no representa solamente una vinculación negativa de la Administración a la ley¹⁰, con lo que su situación no sería radicalmente diferente a la que subordina a los particulares al ordenamiento (poder hacer todo lo que la ley no prohíbe), sino manifiesta una vinculación positiva. El resultado es que *no hay en la actuación administrativa espacios francos o libres de ley*. El derecho no es para la Administración una linde externa que señala hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola voluntad y arbitrio. Por lo contrario, el derecho condiciona y determina, de manera positiva¹¹, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa¹².

9. Ídem.

10. García de Enterría y Fernández advierten sobre la peligrosidad de la aplicación de la vinculación negativa de la Administración por la ley (“negative Bindung”); esta operaría, como un límite externo a una básica y originaria libertad de determinación, que contrasta con la idea de la legalización necesaria de toda autoridad y de toda competencia pública, según lo postula el principio de legalidad de cuño francés, nacido de la Revolución francesa (v. García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1ª edición argentina, Thomson Civitas, La Ley, Bs. As., 2006, ps. 445 a 446). Esta teoría, explican, se propagó por Europa en los comienzos del constitucionalismo francés como resabio del principio monárquico que pretendía justificar en la condición histórica del monarca como jefe del Ejecutivo, el principio de libertad autonómica en la organización y en el funcionamiento de la Administración, que la liberaría de su dependencia a la Ley, imperada, esta última, por el principio democrático y por la doctrina genuina de la división de poderes; a la influencia del principio monárquico —prosiguen— se sumó la interpretación heterodoxa de la división de los poderes que lanzó el referido constitucionalismo francés desde sus mismos orígenes y que se expresa en Francia, en la exención jurisdiccional del Ejecutivo, y en la tendencia al reforzamiento resuelto de este, apenas vinculado por otra vía que la constitucional del régimen parlamentario (ibídem, p. 446).

11. Explican García de Enterría y Fernández, que frente a la doctrina de la vinculación negativa aparece el principio de la “positive Bindung” de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad, que hoy, sostienen, es universalmente aceptado y que no necesita de los dogmas kelsenianos como lo demuestra la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 20, párrafo 3 que vincula la Administración a la ley y al Derecho y que expresa un abandono del positivismo legalista, sin perjuicio de postular una vinculación general de la Administración a las normas. Así, el principio de legalidad de la Administración opera en la forma de una cobertura legal previa de toda la actuación administrativa, solo cuando cuenta con esa habilitación previa, su actuación es legítima (v. op. cit., T. I, p. 448). Decimos nosotros que esa cobertura legal previa no debe ser “aparente”, formal y encubrir una transferencia de competencia legisferante a la Administración vaciando de sentido, la virtualidad del principio de legalidad, que es, justamente, la predeterminación de la conducta de la Administración según las exigencias del Bien Común que perfila el legislador, e incurriendo desde lo técnico en los hechos, en una delegación legislativa “oblicua”, virtualmente en la técnica de la “deslegalización” que consiste en la degradación del rango normativo y en la ampliación del ámbito de la potestad reglamentaria (v. op. cit., T. I, ps. 274 y ss.).

12. Ídem.

I. LAS PRERROGATIVAS¹³ DE LA ADMINISTRACIÓN

1. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Enseñan García de Enterría y Fernández que el concepto de potestad se perfila en contraste dialéctico con el de derecho subjetivo, siendo ambas categorías, una especie del género “poderes”¹⁴.

El derecho subjetivo, explican, tiene su origen en una relación jurídica concreta, recae sobre un objeto específico y determinado, consiste en una pretensión concreta y corresponde con un deber atribuido a un sujeto pasivo, un sujeto obligado.

La potestad, en cambio, —prosигuen— no se genera en relación jurídica alguna, sino que procede directamente del ordenamiento, tiene un carácter genérico, no recae sobre ningún objeto específico y determinado, se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas, implica una posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, no se corresponde con ningún deber positivo o negativo sino que implica una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad. No hay frente a la potestad, un sujeto obligado, sino una situación pasiva de inercia que implica un sometimiento a los efectos que la potestad pueda crear en su ejercicio, la inexcusabilidad de soportar que tales efectos se produzcan y que

13. Según Cassagne, el término potestades alude a poderes otorgados por el ordenamiento en forma genérica, tanto a las personas públicas como a las privadas; con respecto a la noción de prerrogativa, remite Cassagne a la obra de Jorge A. Aja Espil, *Constitución y Poder*, lugar en el que Aja Espil colaciona la opinión de Blackstone. Según esta, la prerrogativa consiste en “la especial preeminencia que el rey tiene sobre todas las personas como derecho de su real dignidad y fuera del curso ordinario del *common law* (...) solo puede aplicarse a aquellos derechos y facultades que el rey goza, en oposición a otros, y no sobre los que aquél goza en común con cualquiera de los individuos: por ello, ninguna prerrogativa de la Corona puede tenerse en común con los demás individuos” (v. Aja Espil, Jorge A., *Constitución y Poder*, Tea, Bs. As., 1987, p. 96, cit. por Cassagne, Juan C., en “Las prerrogativas de la Administración en los contratos públicos”, LL, ejemplar del 23 de abril de 2018, apartado II, La Ley AR/DOC/731/2018, 2018). De nuestra parte, destacamos el parecido de familia de la definición de prerrogativa que surge de los *Commentaries on the Laws of England*, de William Blackstone con la tematización del régimen exorbitante formulada por el Consejo de Estado Francés, a partir del arrêt “Stein” de 1950 (v. Rodríguez María José, “La atmósfera de Derecho Público de la Contratación Administrativa y el régimen exorbitante”, publicado en *Revista Conceptos*, boletín de la Universidad del Museo Social Argentino, Dossier Especial – Derecho Comercial y Empresarial, Año 95 (N.º 508 / Abril 2020), ps. 245 a 271, disponible online en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14956>.

14. García de Enterría y Fernández, op. cit., T. I, p. 449.

eventualmente afecten a la esfera jurídica del sometido. No se trata de poderes que recaigan sobre objetos específicos¹⁵.

Las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables. El titular puede ejercitarlas¹⁶ o no, pero no puede transferirlas. Se suelen clasificar en innovativas o conservativas, según el efecto que tengan sobre el ordenamiento jurídico; de supremacía general o especial, según sujeten a todos los ciudadanos o solo sean ejercitables sobre quienes se encuentran en una situación determinada de subordinación, v.gr., los funcionarios o los usuarios de servicios públicos. Por otra parte, hay potestades que recaen sobre la propia esfera del titular (potestad organizatoria), otras que someten a terceros¹⁷. Es de destacar que el ejercicio de las potestades no necesariamente reviste carácter ablatório como se suele suponer, sino que también puede ampliar derechos. Esto nos lleva a la exigencia del principio de reserva legal en su regulación y a los principios que rigen en materia de fomento, aspecto que excede el objeto de este trabajo¹⁸.

En definitiva, consiste la potestad en una técnica de la teoría general del derecho que encuentra en la expresión de una situación de poder público, de supremacía o superioridad, una manifestación especialmente adecuada¹⁹.

15. *Ibidem*, ps. 450 y ss. Sin embargo, tampoco se trata de poderes inespecíficos, indeterminados; ello, toda vez que la idea del límite de toda potestad pública se alimenta del ethos de la libertad. Las potestades son excepciones a la situación básica de la libertad. De consiguiente, rige el principio de tasa o mensurabilidad de todas y de cualquier competencia pública, como principio esencial del Estado de Derecho; justamente, la competencia es la medida de la potestad (*ibidem*, ps. 456 y ss.).

16. Compartimos con Bonel Tozzi que resulta al menos opinable que la Administración pueda decidir sobre el no ejercicio de la prerrogativa (v. Bonel Tozzi, Sofia, L., “La fuente constitucional de las prerrogativas públicas en el contrato administrativo”, tesis de dogmática jurídica para obtener título de Magíster en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Austral, p. 50, nota a pie nro. 115, disponible online en <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1185/Bonel%20Tozzi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>). De nuestra parte, entendemos que si se verifica la circunstancia de hecho, esto es, si el interés público actual y concreto torna necesario el ejercicio de la prerrogativa, esta debe ser ejercida. Ello, sin perjuicio del margen de apreciación que puede razonablemente admitirse en cuanto a que el aludido presupuesto de hecho se presente e impere necesariamente tal ejercicio. Quizás sea este último el sentido que haya que atribuir a la más que autorizada doctrina que postula que la prerrogativa puede o no ser ejercida por su titular (v. García de Enterría y Fernández, op. cit. T. I, p. 451; en igual sentido, Cassagne Juan C., “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos. Tendencias actuales sobre el ius variandi”, La Ley AR/DOC/731/2018, 2018, p. 3). Sobre el ejercicio reglado pero “obligado” de la prerrogativa, v. Meilán Gil, José Luis, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *Revista de la Administración*, N.º 191, 2013, p. 21.

17. García de Enterría y Fernández, op. cit., T. I, p. 452.

18. V. Rodríguez María José, “El fomento como forma de la intervención administrativa: la promoción industrial en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación” en AAVV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Ediciones Rap, ps. 679 a 708).

19. *Ibidem*.

La vinculación entre la potestad y el principio de legalidad se sustenta—según puntualizan los autores seguidos— en la circunstancia de que la potestad es siempre derivación de un *status* legal, necesita de una norma previa que la configure y atribuya en concreto.

La atribución de potestades a la Administración tiene que ser expresa, se requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar; *lege silente*, la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que los que la ley le atribuye²⁰.

Por otra parte, debe tenerse presente que los derechos de los particulares solo pueden ser regulados mediante ley formal (arts. 14 y 28 CN). Siendo que las potestades en su ejercicio concreto, trascenderán en muchos casos a la esfera jurídico patrimonial de los particulares, aparece la regulación de las mismas alcanzada por el principio de reserva legal. Esto nos lleva a subrayar —singularmente en lo atinente al bloque de legalidad de la contratación pública— que las prerrogativas de la Administración deben estar perfiladas por la ley, no siendo suficiente el reglamento y menos aún, la estipulación contractual²¹.

2. SOBRE LA INHERENCIA DE LAS POTESTADES A LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Las prerrogativas expresas son aquellas que resultan manifiestas en el texto por el legislador; las implícitas son aquellas que si bien no lucen manifiestas, surgen del texto como necesarias para el cumplimiento de las expresas; las inherentes son impuestas por la finalidad para la cual fue creado el órgano o ente que las ejerce²².

20. *Ibidem*, p. 456. Esta exigencia —acotan García de Enterría y Fernández— debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo. Son poderes efectivamente atribuidos a la Administración, pero no por el componente escrito del mismo (op. cit., p. 456). En cuanto a que la potestad debe sustentarse en una ley formal, González Alonso considera que efectivamente, las potestades no pueden otorgarse por disposición reglamentaria (v. González Alonso, Augusto, “La discrecionalidad y su control. Diferenciación con la arbitrariedad y con los conceptos jurídicos indeterminados”, Udimá, disponible online en <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/13091>; <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2009.13091>).

21. Sobre la necesidad de ley formal para la regulación de la prerrogativa, v. González de Alonso, Augusto, “La discrecionalidad y su control. Diferenciación con la arbitrariedad y con los conceptos jurídicos indeterminados”, op. cit.

22. Bonel Tozzi, Sofía, op. cit., p. 43. García de Enterría y Fernández, op. cit., T. I, p. 456.

Se afirma que los poderes inherentes son los propios y originarios de cada uno de los órganos creados por la Constitución. En esa línea, se diferencia a los poderes implícitos de los inherentes por considerar que los segundos resultan del federalismo y de la adopción por parte de la Constitución de la forma tripartita de gobierno²³. Las prerrogativas inherentes son las ligadas a la esencia de un órgano o ente²⁴.

Debe resaltarse que la inherencia así como las denominadas potestades implícitas no excluyen la necesidad de fundamento legal, entendiéndose por norma legal, también por cierto, a la norma constitucional que, por antonomasia, puede sustentar potestades expresas, implícitas en lo expreso e inherentes a los poderes que organiza y competencias que atribuye.

3. FUNDAMENTOS O RAZONES DE LA NECESARIA REGULACIÓN LEGAL DE LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Siendo que, en puridad, los poderes del Estado o funciones del poder, para hablar con mayor propiedad, se encuentran organizados por la Constitución Nacional (Ley Suprema, parte orgánica), cabe colegir que tanto las potestades expresas como las implícitas y las inherentes encuentran fundamento primero y último en la ley, entendida esta—como se dijo— en sentido amplio, comprensivo de la Constitución y de los principios generales del Derecho que la informan.

En ese marco, cuando tanto el Consejo de Estado francés en su jurisprudencia cimera, como nuestra Corte Suprema federal²⁵ sostienen que las potestades pertenecen a los órganos del Estado aun cuando no se encuentren positivizadas de modo expreso o receptadas por la ley o pactadas en el contrato, en realidad, no

23. Bonel Tozzi, op. cit., p. 44.

24. Ibidem, p. 47

25. CSJN, 21-12-1999, Tecsá S.A. c/ Segba S.A. s/ contrato obra pública; ver también CE, 11 de marzo de 1910 “Compagnie Générale Française des Tramways” y 2 de febrero de 1983 “Union de Transports Publics”. En este último *arrêt*, el CE francés afirmó que el poder de modificación unilateral forma parte las “reglas generales aplicables a los contratos administrativos”, pronunciamientos todos colacionados por Guglielminetti en “Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado” (v. Guglielminetti, Ana Patricia, RDA 2016-107, 903, TR LALEY AR/DOC/4709/2016).

están excluyendo su fundamento legal (en sentido amplio o constitucional), debiendo ser inteligidas según el principio de especialidad²⁶.

Pero aun cuando las prerrogativas —sobre todo las implícitas o inherentes— reconozcan su fundamento último, en definitiva, en la Constitución (art. 99, inc. 1, CN), no cabe dudar sobre la necesidad de que se encuentren además reguladas por la ley formal, e idealmente, por una ley general de la categoría contractual, es decir, respetando el principio de legalidad del obrar administrativo²⁷, sujetando este a un bloque de legalidad; y no solo especificadas en los pormenores de su ejercicio por la documentación licitatoria que integra el contrato. Ello, por una serie de razones:

3.1. Porque los derechos de las personas solo pueden ser limitados por ley formal del Congreso (arts. 14 y 28 CN).

La regulación legal de la prerrogativa permite satisfacer la manda de los artículos 14 y 28 CN que impone el respeto al principio de reserva legal para la regulación de derechos constitucionales. Porque ciertamente el ejercicio concreto de la prerrogativa en el marco de un contrato administrativo incidirá sobre la esfera jurídica del particular quien se encuentra respecto de la prerrogativa, en un estado de situación pasiva de inercia.

De consiguiente, cabe enfatizar que toda prerrogativa estatal debe estar fundada en una ley²⁸, sujeta a una vinculación positiva, al orden jurídico positivo²⁹, dado que su ejercicio concreto tendrá la potencialidad de afectar la esfera jurídico patrimonial del particular administrado.

26. Bonel Tozzi sustenta las prerrogativas contractuales de la Administración en el art. 99, inc. 1, CN (v. op. cit., p. 59).

27. Va de suyo que esta regulación legal les imprimiría un carácter expreso, al menos en lo relevado por la norma.

28. Aludimos a la ley, pero, por cierto, también la Constitución Nacional como ley suprema fundamenta prerrogativas estatales, a nuestro criterio, tanto de modo explícito, implícito e inherente. Sobre la legalidad como atributiva de las potestades, v. García de Enterría, Eduardo, Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 1º edición argentina, Thomson Civitas, La Ley, Bs. As., 2006, p. 453; sobre los poderes inherentes, v. Aja Espil, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes implícitos y de los Poderes Inherentes*, Buenos Aires, Tea, Rca. Argentina, 1987, ps. 151 y ss. Para este autor, los poderes implícitos derivan del enunciado de una norma; en cambio, los poderes inherentes o “resultantes”, emergen de la naturaleza misma de los tres poderes del Estado; v. también González de Alonso, Augusto, “La discrecionalidad y su control. Diferenciación con la arbitrariedad y con los conceptos jurídicos indeterminados”, *supra* citado.

29. V. Cassagne, Juan C., *Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, Tendencias actuales sobre el “ius variandi”*, LL, ejemplar del 23 de abril de 2018, *supra* cit.; también Cassagne, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, T.I., La Ley, Bs. As., 2016, 11.º edición actualizada, ps. 76 a 79.

No alcanza en tal sentido con que la prerrogativa se encuentre en una fuente de tenor reglamentario como los pliegos de bases y condiciones, sean estos generales o particulares o en el contrato; ello, en tanto el reglamento —sin base legal— no tiene aptitud para legitimar inferencias imperativas en los derechos de los particulares (v. arts. 16, 17, 18 y 28 CN).

3.2. Porque así corresponde por el principio de vinculación positiva de la Administración a la ley formal (principio de legalidad)

Según se ha indicado *supra*, no hay zonas francas para el obrar de la Administración; al regirse toda actuación administrativa por el principio de legalidad, carecen sus funcionarios de autonomía de voluntad suficiente para fijar el alcance y condiciones de la prerrogativa resultando en este aspecto, a nuestro juicio, improcedente y altamente inconveniente³⁰, el desplazamiento de la ley por el contrato, tal como lo postula el paradigma de la autorregulación regulada, cuando una de las partes reguladas es la propia Administración.

Al estar la prerrogativa contemplada en la ley, formará parte del bloque de legalidad aplicable al contrato en virtud del principio de juridicidad³¹, se encuentre o no contemplada en la documentación licitatoria o contractual (v. Dictámenes PTN 307:445).³²

Si la prerrogativa se encuentra solamente regulada por la documentación licitatoria o contractual —sin base legal— (lo que a nuestro juicio se encuentra en tensión con el principio de vinculación positiva a la ley de la Administración) requerirá ser “aceptada” o “acordada” por la contraparte contractual³³; e incluso podrá ser modificada por la autoridad que dictó el reglamento, con posible detrimento de la garantía de igualdad de los contratistas del Estado.

30. Inconveniente desde el punto de vista de la necesidad de preservar el principio de integridad y anticorrupción en la actividad administrativa, contractual.

31. Ver CSJN, 22-12-93, “Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos”.

32. Por otra parte, la prerrogativa es “de la Administración”, fundada en una ley que se la atribuye, tal como surge del art. 12 del Decreto N.º 1023/01, que enumera las prerrogativas de “la autoridad administrativa”; no es consecuencia de una cláusula contractual. Esta atribución de las prerrogativas a la autoridad estatal como derivación del ordenamiento general constitutivo del régimen administrativo condice con lo postulado por Juan Carlos Cassagne en ocasión de negar las cláusulas exorbitantes “implícitas” (Cassagne, Juan C., “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, *El Derecho - Diario*, T. 180, p. 773, 23-01-1999, ED-DCCLXV-58, ap. II.1.).

33. Aceptación que surge de la presentación de la oferta.

Pero si está en la ley, como acontece en el marco del Decreto delegado N.º 1023/01³⁴ (art. 12), resultará imperativa y no podrá ser excluida por una fuente de rango jerárquico inferior como el reglamento o el propio contrato, ni, por cierto, soslayada por los órganos administrativos que dependen del PEN, titular de la Administración (v. Dictámenes PTN 307:445).

3.3. Ventajas para el particular contratista y los administrados: seguridad jurídica e igualdad

La regulación legal de la prerrogativa aporta seguridad jurídica y juega en favor de la igualdad de los efectos que produce su ejercicio en los diversos contratos sobre los que se despliega y sobre los diversos destinatarios de los bienes, obras, infraestructuras y servicios que constituyan el objeto de los contratos administrativos.

Téngase presente que si la potestad es inherente o implícita, el principio de especialidad desde el cual será inteligido su alcance en el marco de un esfuerzo hermenéutico, legítimo, abrirá un amplio espacio a la potestad de interpretación unilateral del contrato por parte de la Administración.

Esta será realizada mediante la explicitación de principios específicos que resulten aplicables al campo contractual, tales como el principio de reciprocidad en los cambios formulado ya desde los tiempos de Aristóteles; o, en su especificación más *aggiornada*, el respeto de la ecuación económico financiera del contrato, etc., a los que se sumarán los principios generales del Derecho como técnica de reducción de la discrecionalidad administrativa³⁵.

Naturalmente que al ser la prerrogativa de interpretación unilateral de la Administración, consecuencia de la autotutela declarativa y ejecutiva³⁶, prevalecerá sobre toda disposición contractual en contrario³⁷ —en el caso de que ella exista—

34. Los decretos delegados en Argentina tienen rango de ley en sentido formal.

35. García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 473.

36. Ibidem, ps. 515 y ss.

37. Luce como un caso paradigmático de esta situación, la solución de Dictámenes PTN 277:196, en el cual largo tiempo después de perfeccionado y cumplido el contrato de compraventa de un predio, la Procuración del Tesoro de la Nación consideró que este era nulo sobre la base de un precio que interpretó como vil.

y tendrá mayor vigor aún, en el caso de ausencia de estipulación o de estipulación oscura. Recuérdese que desde muy temprano la Corte Suprema ha sostenido que “la duda es fatal para el contratista del Estado”³⁸.

En cambio, la regulación legal preservará tal como se señaló *supra*, la igualdad de trato respecto de otros contratistas del Estado, por encima de su eventual poder concreto de negociación y de participación en el diseño de la configuración interna del contrato, garantizando de modo indirecto, también, la igualdad de los destinatarios de los bienes, obras y servicios objeto de los contratos administrativos.

De consiguiente, según se observa, una vez más, la ley formal como fuente reguladora de las potestades de la Administración se erige no solo como una exigencia del principio de legalidad del obrar de la Administración, sino como una garantía de los derechos del contratista del Estado, cuya regulación debe ser efectuada por la ley formal (arts. 14 y 28 CN) y de la efectivización de la garantía de igualdad de los destinatarios de bienes, obras y servicios que constituyen el objeto del contrato administrativo.

La conclusión que precede ofrece por cierto una explicación desde la filosofía clásica, por cierto. Procede recordar que Ya Platón y Aristóteles se preguntaban qué era más conveniente si el gobierno de los hombres (los mejores), o de las leyes

Y ambos, el Platón último de Las Leyes y Aristóteles a lo largo de su corpus doctrinario optaron por el gobierno de las leyes, enrolándose en la tradición helénica de la nomocracia. Ello, sobre la base del dato de la realidad de que las leyes, a diferencia de los hombres, no tienen pasiones. Expresaba Aristóteles que la ley es “razón sin apetito”. En la hipótesis del gobierno de los hombres, si

38. Es que el si las potestades se encuentran perfiladas de modo concreto por la documentación licitatoria contractual y no por la ley, se fragmenta la unidad de la categoría contractual y su unidad normativa, abriéndose un espacio para la desigualdad de contratistas y de destinatarios de los bienes servicios y obras que esos contratos persiguen. Por otra parte, *lege silente*, ¿con que fundamento los órganos de la Administración se autorregularán ...? Si la respuesta es justamente el principio de especialidad para interpretar potestades inherentes o implícitas, el resultado no podría acotar nunca las potestades porque se encontraría en contradicción con la autotutela declarativa y ejecutiva. Solo resultaría admisible un *self restraint* de la potestad en función de la preservación del interés público de obtener el mejor precio y calidad otorgando beneficios al contratista, *self restraint* que para el contratista del Estado será siempre provisorio en tanto durará lo que el interés público aconseje según las exigencias siempre variantes del bien común. Y ni hablar de los riesgos que implican en este aspecto los vaivenes políticos tan propios de nuestra realidad política.

estos son arrastrados por sus pasiones y deciden según estas de modo desigual, resulta afectada la igual dignidad óntica de las personas. Contrariamente, esta afectación no se verifica con la ley, por las notas de generalidad, impersonalidad y objetividad que caracterizan a esta. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que el principio de juridicidad, que enraiza en la tradición de la nomocracia griega, deviene una exigencia de la dignidad de la persona. Correlativamente, el gobierno —y la administración— que no se ajustaran a la conducta predeterminada por la norma, conducen al decisionismo, a la diversidad de soluciones frente a casos similares, violando la igualdad ante la ley y vulnerando así la dignidad de la persona³⁹.

4. LA SUSTANTIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La sustantividad de la categoría del contrato administrativo exhibe, en nuestro país, desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales que clausuran en nuestra opinión toda posibilidad de alegación en contra; ello, tanto por la autoridad de los juristas o tribunales que la han cimentado, como por el peso de las premisas en que ha sido perfilada⁴⁰.

Sin embargo, vale la pena detenerse en el abordaje jurídico filosófico que realiza Barra sobre la aludida sustancia del contrato administrativo.

Explica este jurista, en ocasión del dictado del Decreto delegado N.º 1023/01, que la categoría del contrato administrativo resulta una categoría jurídica autónoma distinta de la correspondiente al contrato de derecho privado. Expresa: “No es posible desconocer en nuestro ordenamiento que existen figuras típicas de contratos administrativos, que existen regulaciones generales aplicables a todos ellos y aun a los contratos que no se ajusten a una tipicidad definida, tal como lo esta-

39. Sobre la opción de la filosofía política clásica por el gobierno de la ley y no de los hombres, v. Rodríguez María José, “La potestad sancionatoria interna o disciplinaria. Con especial referencia al principio de taxatividad legal”, en Conte-Grand, Julio M. (Dir.) Rodríguez María José (Coord.), *Las reformas constitucionales de 1994. A 30 años de las modificaciones de la Constitución nacional y de la Provincia de Buenos Aires*, Abaco CIIJ, Bs. As., 2024, ps. 250 a 251).

40. V. Cassagne, Juan C., “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, *supra cit.*; Barra, Rodolfo C. *Los actos administrativos contractuales*. ..., *cit.*; por su parte, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Címero ha consagrado la categoría del contrato administrativo en los casos “Dulcamara” (Fallos 313:376), “Cinplast” (Fallos 316: 212), “Pluspetrol” (Fallos 330: 2286); también la PTN, singularmente, en Dictámenes 239:418.

blece, si bien con defectuosa técnica, nuestro nuevo 'Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional' aprobado por el Decreto Delegado N. 1023/01"⁴¹.

De tal suerte, —afirma—“todos los contratos, no ya de las Administraciones públicas sino de todo el Estado, se encuentran alcanzados por normas de derecho administrativo: en su habilitación presupuestaria, con efectos sobre la validez misma del contrato (...); en su procedimiento de formación que incluye la selección del contratista (...); en su sistema de control resultante de la Ley de Administración Financiera (...) y en la prerrogativa estatal más determinante: la variación del precio convenido”⁴².

Precisa que la sustantividad del contrato es aquello que permanece por debajo de las cualidades accidentales, aquello que existe independientemente de sus modos de existir, la idea rectora del sistema que subyace en la relación jurídica. En ese marco, puntualiza que toda relación jurídica supone y está orientada al intercambio o adjudicación de bienes. La fuente más numerosa de relaciones jurídicas se encuentra en el consentimiento bilateral de las partes, donde se produce un intercambio de bienes propiamente dicho. Es decir, que las relaciones jurídicas son medios para adjudicar los bienes existentes en la sociedad.

Si bien todos los bienes tienen un destino universal —tal como lo enseña la Doctrina Social de la Iglesia, prosigue— tales bienes se poseen de dos maneras: una individual, la otra comunitaria.

En el primer caso para asegurar un ámbito de libertad personal, el desarrollo de una personalidad responsable. En el segundo, los bienes son poseídos comunitariamente para asegurar la igualdad de las personas, el buen orden de la vida social y también la libertad de cada uno. En el segundo caso, los bienes comunitarios son directamente poseídos por el órgano rector de la comunidad: el Estado, cualquiera sea el estadio de su evolución⁴³.

41. Barra, Rodolfo, “El nuevo Régimen de Contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo”, Rap, 2002, ps. 13 a 29, en esp., p. 13.

42. Ibidem, p. 14.

43. Ibidem, p. 15.

Las relaciones jurídicas que se establecen en el campo del libre consenso de sus poseedores es el ámbito del mercado de la libertad negocial y se denominan relaciones de derecho privado. Su substancia o idea rectora es la libertad negocial aun en los casos en que existan limitaciones propias del orden público, porque las restricciones son la excepción, restringidas a lo estrictamente prohibido o a lo estrictamente mandado. Pero en el caso de los bienes poseídos comunitariamente, que son aquellos administrados por el Estado, que es órgano rector y no parte integrante de la Sociedad, no hay adjudicaciones estrictamente libres ya que si el Estado adjudica —él es parte en la relación jurídica— debe hacerlo guardando una cierta proporción entre las partes del todo social, debiendo asegurar un regular y justo criterio de distribución. Las relaciones así generadas son relaciones de derecho público y se encuentran sujetas a normas de derecho público. Cuando se establecen en el ejercicio de la función administrativa son relaciones de derecho administrativo, regidas por la justicia distributiva. La sustancia o idea rectora es en estos casos, la distribución o adjudicación proporcional, comparativa e imperativa de los bienes comunes. Acá no existe libertad negocial, estamos fuera del mercado, puntualiza el autor seguido. El derecho público es el derecho fuera del mercado, incluso para asegurar el funcionamiento del mercado. El sistema globalmente considerado —concluye— responderá a los criterios antes expuestos que resultan de una necesidad natural, una especie de fuerza determinante que rige la actuación del Estado con respecto a la adjudicación de los bienes sociales, por lo menos en las economías capitalistas⁴⁴.

La sustantividad de la categoría contractual reclama la unidad de regulación, que concretó el Decreto delegado N.º 1023/01 (arts. 1, 4 y 5). Esta correlativa unidad de regulación —que responde a una necesidad de justicia, seguridad jurídica e igualdad— se encuentra por cierto, en los regímenes locales de contratación como también en el derecho comparado⁴⁵.

44. Ibidem p. 16.

45. A título de ejemplo, v. la ley española N.º 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE-A-2017-12902.

5. LA VOCACIÓN OMNICOMPRESIVA DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DEL ESTADO PERFILADO POR EL DECRETO DELEGADO N.º 1023/01 Y LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS PRERROGATIVAS CON SENTIDO INTEGRAL Y UNIDAD DE SENTIDO

La prerrogativa por excelencia de la Administración Pública es el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria previa al conocimiento judicial⁴⁶.

Como explica Meilán Gil —quien colaciona la opinión de García de Enterría— “este formidable poder resulta de la posición jurídica general de la Administración con su privilegio general de autotutela”⁴⁷.

El Decreto delegado N.º 1023/01 en su art. 12 regula el plexo de prerrogativas de la Administración, que en puridad, a nuestro ver, constituyen un desarrollo, una explicitación desagregada, del privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, en el marco de la contratación administrativa⁴⁸. La proyección omnicomprensiva de esta norma⁴⁹ permite configurar un bloque de legalidad de la contratación estatal, en el que estas prerrogativas resultan aplicables aun a falta de estipulación contractual⁵⁰.

Este decreto delegado plasma así la unidad de regulación de la contratación administrativa que resulta consistente con la sustantividad de la categoría con-

46. Meilán Gil, José Luis, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP, año XXXVI-431, p. 14, con cita de García de Enterría.

47. Ídem.

48. Para Bonel Tozzi, las prerrogativas contractuales contenidas en el art. 12 del Decreto delegado N.º 1023/01 serían inherentes a la función administrativa y, por tanto, tendrían fuente constitucional (v. op. cit., p. 59). En esa opinión, el art. 12 constituiría una regulación razonable de las aludidas prerrogativas, que serían inherentes a la función administrativa prevista por la Constitución Nacional en el artículo 99, inciso 1; de consiguiente, concluye, no podrían ser “suprimidas por vía legal, reglamentaria o contractual en honor a la supremacía constitucional” (ibídem, p. 66).

Considera que el contrato estará integrado por las prerrogativas de: i. dirección y control; ii. sanción; iii. modificación; iv. revocación por razones de mérito, oportunidad y conveniencia; v. revocación por razones de ilegitimidad. Remarca que las prerrogativas enumeradas son inherentes a la función administrativa e integran el contenido contractual, independientemente de la voluntad plasmada en sus cláusulas. Ellas tienen fuente constitucional (ibídem, p. 70).

49. V. arts. 1, 4 y 5, Decreto delegado N.º 1023/01.

50. Sobre la virtualidad del bloque de legalidad de la contratación administrativa, resulta ilustrativa la solución a la que arriba la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 307:445; v. en similar sentido, sobre los efectos del principio de legalidad en la contratación administrativa, la jurisprudencia sentada por la CSJN in re “Espacio S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos”, sentencia del 22 de diciembre de 1993.

tractual⁵¹. Esta unidad normativa se trasunta en seguridad jurídica y garantiza la igualdad de trato tanto de los contratistas como de los destinatarios de los bienes, servicios y obras en que se concretan los contratos administrativos.

Es que la ley, en definitiva, siempre es garantía de igualdad que beneficia en puridad a los que menor capacidad negocial exhiben. Cabe en tal sentido tener presente que la Ley de las XII Tablas fue exigida por los plebeyos a los patricios justamente para precaverse de los abusos de estos últimos que exhibían el poder en Roma⁵².

El art. 12 del Decreto delegado N.º 1023/01 contempla las siguientes prerrogativas de la autoridad administrativa, que rigen en todos los contratos que se encuentran bajo su ámbito de predicación subjetiva y objetiva⁵³, a saber:

- a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de estas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tienen los caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley N.º 19.549, esto es, gozan de la presunción de legitimidad y resultan ejecutorios.
- b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%), el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos.
- c) El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación.
- d) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el Decreto delegado a los oferentes y a los cocontratantes, cuando estos incumplieren sus obligaciones.

51. Como ejemplo de una regulación unitaria integral, cabe colacionar el ejemplo ya citado de la ley española N.º 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

52. Esta referencia histórica pertenece a José Esteve Pardo.

53. Dicho ámbito de predicación ha sido paulatinamente acotado por efecto de las Leyes N.º 27.328 y N.º 27.742 (v. arts. 31 y 12 bis, Ley N.º 17.520, texto incorporado por el art. 72 de la Ley de Bases)

e) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciere dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor.

f) La facultad de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes.

g) La facultad de prorrogar, cuando así se hubiere previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. Esta prerrogativa no procede si se ha hecho uso de la prerrogativa mencionada en el inciso b) del art. 12 en comento. Se puede hacer uso de la opción de prórroga por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando este fuere plurianual, no se puede prorrogar más allá de un (1) año adicional, en las condiciones que se determinen en las normas complementarias.

h) La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin derecho a indemnización en concepto de lucro cesante.

A este plexo de prerrogativas cabe sumar las que dimanarían de la aplicación del Título III de la LNPA, al que reenviaba el párrafo *in fine* del art. 7.º de LNPA, al prescribir su aplicación directa —y no meramente analógica⁵⁴— a todos los contratos del sector público nacional. De consiguiente, conforme con la aplicación de este Título, la Administración contaba, entre otras— con la potestad de revocar los actos administrativos en sede administrativa por razones de ilegitimidad (art. 17), así como de suspenderlos si se verificaban las circunstancias establecidas en el art. 12 LNPA.

Sobre la subsistencia de estas prerrogativas y con qué alcance, luego de las modificaciones introducidas por la Ley de Bases, nos explayaremos *infra*, en el apartado 7 de este acápite.

54. La Ley de Bases ha suprimido este párrafo *in fine* del art. 7.º LNPA, deviniendo este Título III de aplicación analógica, esto es, se aplica previo juicio de compatibilidad de la norma con el plexo al cual se la pretende incorporar.

6. LA FRAGMENTACIÓN NORMATIVA PRODUCIDA POR LAS LEYES N.º 27.328 (DE CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA) Y N.º 27.742 DE LA LEY DE BASES (TÍTULO III, MODIFICATORIO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PERFILADO POR LA LEY N.º 17.520)

La contratación administrativa, luego de la modificación efectuada por la *Ley de Bases*, exhibe una fisonomía más fragmentada producida por categorías de contratos que se apartan del plexo general de la contratación administrativa perfilado oportunamente por el RCAN⁵⁵, cuyo dictado tuvo vocación omnicomprensiva (v. arts. 1.º, 4.º y 5.º, Decreto delegado N.º 1023/01)⁵⁶.

En efecto la unidad normativa de la contratación administrativa que consagraba el Decreto delegado N.º 1023/01 ha quedado sustituida ahora primordialmente por tres regímenes, dos de los cuales se superponen⁵⁷, a saber, el régimen instituido por el Decreto delegado N.º 1023/01⁵⁸, el régimen de participación público privada instituido por la Ley N.º 27.328 y el régimen de concesión de obra públicas, infraestructuras y servicios establecido por la Ley de Bases N.º 27.742 (arts. 66 a 75).

La aludida fragmentación de la contratación administrativa se agrava por el corte del puente que la unía con las normas legales aplicables en materia de acto admi-

55. V. art. 12 bis, Ley N.º 17.520, texto incorporado por el art. 72 de la *Ley de Bases* y el art. 31 de la Ley N.º 27.328.

56. V. Barra, Rodolfo, “El nuevo régimen de contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo”, ps. 13 a 20, *supra* citado y “La sustantividad del contrato administrativo” ED. 180-1029.

57. Sostiene Perrino que la Ley N.º 27.328 reviste carácter general respecto del régimen que establece la Ley de Bases en sus arts. 66 a 75 (Perrino, Pablo E., “Reforma al régimen jurídico del contrato administrativo de concesión de obra pública, infraestructura y servicios públicos, Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, *La Ley*, ejemplar del 5-8-2024, LA LEY Ar/doc/1804/2024). Por su parte, para Ezequiel Cassagne, el régimen que establece la Ley de Bases tendrá un mayor uso que el plasmado por la Ley N.º 27.328 dado que el primero contempla menos requisitos que el segundo (v. Cassagne, Ezequiel, conferencia “Las principales reformas al contrato de concesión de obra pública”, vertida en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo, organizado por el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, días 16 y 17 de diciembre de 2024), disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/6290/Programa_Ley_bases_12.24_-_Interactivo.pdf. De nuestra parte, consideramos que la Ley de Participación Público Privada nació como un régimen de fomento, sujeto en su aplicación a la verificación y cumplimiento de determinados extremos. Este dato pudo justificar —dentro de lo jurídicamente opinable— tanto en el plano axiológico como en el de la sistematicidad normativa, es decir en terreno de lo técnico jurídico, las ventajas que alteraron en su momento la igualdad de los contratistas del Estado y la relativización de ciertas prerrogativas de la Administración. Pero el régimen de contrataciones que consagra la Ley de Bases en sus arts. 66 a 75, reedita y duplica disposiciones del régimen de participación público privado con carácter general, sin supeditar la mayor flexibilización que aporta a los requisitos objetivos establecidos en el sistema de participación público privado. De consiguiente, en el marco de su superposición que se genera, implica, en cierta manera, una virtual derogación de los requisitos limitantes de la Ley N.º 27.328.

58. En el que incluimos al régimen de la Ley N.º 13.064 (v. arts. 4 b) y 35, del Decreto delegado N.º 1023/01.

nistrativo, efectuado por el art. 27 de la *Ley de Bases*; ello, al suprimir este último, el párrafo *in fine* del art. 7.º de la LNPA, que postulaba la aplicación directa del Título III de la LNPA⁵⁹ a los contratos celebrados por el sector público nacional, en cuanto fuere pertinente.

Por otra parte, la Ley N.º 27.328 y su similar N.º 27.742 que concretan la fragmentación normativa de la contratación estatal impiden cimentar una “unidad en la diversidad” con el régimen del Decreto delegado N.º 1023/01 dado que —a más de la referida duplicidad que presentan— responden a filosofías y paradigmas contrapuestos, reflejo de políticas pendulares. De allí que el resultado es un conjunto normativo que luce contrahecho y carente de consistencia y unidad de sentido.

Teniendo en cuenta que la teoría de la contratación administrativa exhibe desarrollos dogmáticos suficientes que justifican una regulación unitaria, consistente y sistémica de los aspectos comunes de la categoría, esta fragmentación aparece como un retroceso normativo con respecto a unidad que supo concretar el RCAN.

Es necesario un nuevo *régimen general con unidad sistémica*, mediante el dictado de una *ley de contratos de la Administración Nacional*. Esta, armonizada con las disposiciones introducidas en materia de función, acto y procedimiento por la citada *Ley de Bases*, deberá restaurar la unidad de régimen y sentido de la contratación administrativa.

Y revertir así el retroceso normativo producido, a partir de la yuxtaposición inorgánica de plexos que han sustraído, progresivamente, tipologías de contratos del ámbito de aplicación del RCAN, fulminando su aplicación⁶⁰ y generando un archipiélago de regulaciones en lugar de la frustrada unidad.

59. Este Título alberga el núcleo duro de la teoría del acto administrativo y del régimen exorbitante que constituye su atmósfera.

60. V. art. 32, Ley N.º 27.328 y art. 12 bis, Ley N.º 17.520, texto incorporado por el art. 72, *Ley de Bases*.

7. LA SUPRESIÓN DEL PÁRRAFO IN FINE DEL ART. 7 LNPA

El art. 7.º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (LNPA)⁶¹ disponía que “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente.”

Este párrafo implicaba que el Título III de la LNPA que albergaba y alberga, en puridad, el núcleo duro del régimen del acto administrativo devenía de aplicación a todos los contratos que celebrara el sector público nacional integrado por los componentes indicados en los incisos del art. 8.º de la Ley N.º 24.156⁶². En palabras de Cassagne, “llevaba el contrato al acto”⁶³.

El acto administrativo, como explica Barra, es el modo de expresión típico de las administraciones públicas, la vía a través de la cual estas cumplen con los cometidos que le fueron asignados por el ordenamiento jurídico. A la vez, el acto administrativo es el instrumento jurídico que por sus caracteres (los elementos propios que lo ubican dentro de la estructura sistémica del ordenamiento iusadministrativo), en mayor medida, garantiza la prosecución del interés público y

61. Según la modificación introducida por el art. 36 del Decreto delegado N.º 1023/01, que consagró justamente el Régimen Nacional de Contrataciones de la Administración Nacional, como un ordenamiento básico, omnicompreensivo de las diferentes categorías contractuales con vocación de aportar unidad de régimen a los diferentes contratos alcanzados.

62. V. Barra, Rodolfo C., “El nuevo régimen de contrataciones...”, cit., ps. 94 a 95; reza el mencionado art. 8.º: “Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.

63. Cassagne, Juan C., “La ley de Bases y el derecho administrativo”, conferencia vertida en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo “La Ley de Bases, un corte transversal al derecho administrativo”, organizado por el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, días 16 y 17 de diciembre de 2024), disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/6290/Programa_Ley_bases_12.24_-_Interactivo.pdf.

los derechos de los administrados⁶⁴. También señala este autor que el contrato administrativo al concretarse a través de un procedimiento, se encuentra en pureza integrado por actos administrativos⁶⁵.

Para Meilán Gil, la “querencia” del contrato administrativo al acto del mismo nombre, tiene una explicación histórica en la interpretación que siguió en Francia a la ley del 16 de fructidor del año III⁶⁶. En la evolución jurídica acaecida en España, —explica— se reedita si se quiere similar “querencia” en tanto la fuerza vinculante del contrato no proviene del concurso de voluntades de la Administración y del particular, sino de la potencialidad jurídica que emana del acto administrativo⁶⁷.

De nuestra parte, en ocasión de referirnos al carácter axial de la noción de acto administrativo⁶⁸, hemos expresado que la aludida noción es la técnica que permite el control de juridicidad de la actuación administrativa, en la especie, el contrato⁶⁹.

En ese marco, hemos considerado que el acto administrativo es, metafóricamente, como el “Aleph” que según el relato del escritor argentino Jorge Luis Borges, consistía en un punto de dos o tres centímetros de diámetro que posibilitaba observar “todos los lugares del orbe”; en línea con la metáfora, consideramos que el acto administrativo permite visualizar la dinámica del ejercicio del poder en el discurrir de la función administrativa que plasma (v. *El Aleph*, publicado por primera vez en 1949, en Argentina)⁷⁰.

64. Barra, Rodolfo C., “El nuevo régimen de contrataciones... op. cit., ps. 94 a 95.

65. Barra, Rodolfo C., “El nuevo Régimen de Contrataciones..., op. cit., p. 17.

66. Meilán Gil, José Luis, op. cit., p. 15

67. *Ibidem*, p. 17.

68. Sobre el carácter axial de la noción de acto administrativo, hace algunos años, en el epílogo de una obra de nuestra autoría, destacamos que “la noción de acto administrativo es al derecho administrativo como la metafísica a las demás ramas de la filosofía” (v. Rodríguez, María José, *El acto administrativo tributario*, Abaco, Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 227). En efecto, la metafísica, también denominada “filosofía primera” aparece como una ciencia generalísima y previa, que establece las bases firmes sobre las cuales se asientan todas las ciencias particulares y de la cual toman sus nociones particulares, las que son utilizadas de un modo analógico en sus campos respectivos, sin que necesiten entretenerse en explicarlas pues las suponen ya justificadas anteriormente por esa ciencia general (v. Fraile, Guillermo, *Historia de la filosofía*, Tomo I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMLXXXII, ps. 453 a 454).

69. Rodríguez, María José, “El principio de juridicidad y su profunda dimensión social y axiológica. La teoría del acto administrativo como instrumental al servicio del aludido principio ¿su devenida insuficiencia?” en Cordeiro, Mariano (Coord.), *Páginas de Derecho Público: Un homenaje al Dr. Rodolfo Barra*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2024, obra colectiva, ps. 453 a 454.

70. *Ídem*.

A partir de la supresión del párrafo *in fine* del art. 7.º de la LNPA, efectuada por la *Ley de Bases* (v. art. 27, *Ley de Bases*), los contratos que celebre el sector público nacional quedan fuera de la aplicación directa del marco legal general que proporcionaba el Título III de la LNPA. Ello significa que resultan dependientes del régimen en el que puedan ser alojados, es decir, dependientes muchas veces de lo que diga la documentación licitatoria y contractual; quedan fuera del territorio continental que configuraba el aludido Título III de la LNPA y pasan a configurar un mapa de aspecto insular, al que en el mejor de los casos, les resultará aplicable el mentado Título III de modo analógico⁷¹, técnica de integración que había sido superada por el Decreto delegado N.º 1023/01 al prescribir la aplicación “directa” de este Título III a todos los contratos que celebrara el Sector Público Nacional en cuanto fuera pertinente⁷².

Esta supresión no es inocua a nuestro juicio, y permite encender una luz roja en el camino del vaciamiento de contenido del principio de legalidad, en su eventual desplazamiento por la autonomía de voluntad de la Administración que pierde la vinculación positiva con este Título III de la LNPA.

Téngase presente que en el aludido Título III se alojan importantes prerrogativas de la Administración⁷³ —aplicables aun a falta de estipulación expresa, por virtud del principio de legalidad de la Administración— y que al cortar el puente de la contratación administrativa con la LNPA, no resultarán ahora directamente aplicables.

Y que serán expresamente excluidas del componente del sector público nacional indicado en el inciso b) del art. 8.º de la Ley N.º 24.156 por obra del actual art. 1.º de la LNPA (texto reformado por la *Ley de Bases*).

71. V. CSJN, “El Rincón de los artistas”, Fallos 326:3700.

72. El texto anterior a la modificación del art. 7, *in fine* efectuada por el Decreto delegado N.1023/01 rezaba: “Los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente Título, si ello fuere procedente”. Este último sintagma, “si ello fuere procedente” muestra la relatividad o carácter contingente de la aplicación analógica con respecto a la aplicación directa que deviene necesaria e imperativa, magüer el condicionante “en lo que fuere pertinente” con que se reemplazó el sintagma “si ello fuere procedente”. La modificación efectuada precisó que resultaba de aplicación a todos los contratos que realizara el sector público nacional. Sobre los componentes del sector público nacional, v. art. 8, Ley N.º 24.156.

73. V.gr. la prerrogativa de suspender o revocar por ilegitimidad en los supuestos en que procede esta prerrogativa (arts. 12 y 17, LNPA).

Por otra parte, esta desvinculación de la aplicación directa pone en entredicho a la aplicación de ciertas prerrogativas contenidas en el Título III en el marco del propio Decreto delegado N.º 1023/01. Este último, si bien perfila al contrato como un conjunto coligado de actos administrativos, lo cierto es que admitiría desplazar, luego de la supresión del aludido párrafo *in fine* del art. 7.º LNPA, dentro de lo jurídicamente opinable, la aplicación de los arts. 12 y 17 de la LNPA por la documentación licitatoria contractual. Porque el Decreto delegado N.º 1023/12 al aludir a estas prerrogativas no remite ahora necesariamente a la aplicación directa del Título III de la LNPA; y si la aplicación ha devenido analógica, debe buscarse para la integración siempre la norma más próxima. En tal contexto, ¿no resultarían más próximos, por tratarse de regulaciones específicamente atinentes a la contratación administrativa y no al acto, el art. 7, e, de la Ley N.º 17.520, en su texto actual, o bien el art. 9, p, de la Ley N.º 27.328, que fulminan en toda hipótesis posible, tanto la suspensión como la revocación por ilegitimidad en sede administrativa?

En otro orden, es de resaltar que la supresión de la aplicación directa del Título III LNPA a la contratación administrativa del sector público nacional tiene un aspecto bifronte: no excluye solo la aplicación directa de las prerrogativas del régimen exorbitante contemplado en el apuntado título, sino también el aspecto garantístico que siempre contrabalancea la prerrogativa. De consiguiente, los aspectos que benefician al particular administrado incluidos en el mencionado Título III, resultarán también de aplicación analógica y no directa, lo cual es un retroceso en el principio de progresividad de derechos.

8. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS E INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS Y SERVICIOS PÚBLICOS (LEY N.º 17.520 SEGÚN LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY DE BASES). ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRERROGATIVAS

Hemos sostenido *supra* que toda prerrogativa estatal debe estar fundada en una ley⁷⁴ dado que su ejercicio concreto tendrá la potencialidad de afectar la esfera

74. Procede reiterar que referimos a la ley, pero, por cierto, también la Constitución Nacional como ley suprema fundamenta prerrogativas estatales, a nuestro criterio, tanto de modo explícito, implícito e inherente. Sobre la legalidad como atributiva de las potestades, v. García de Enterría, Eduardo, Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, *supra* cit. p. 453; sobre los poderes inherentes, v. Aja Espil, Jorge A., *Constitución y*

jurídico patrimonial del particular administrado, quien se encuentra respecto de esta, en un estado de situación pasivo de inercia; la prerrogativa se halla sujeta a una vinculación positiva, al orden jurídico positivo⁷⁵, a la ley⁷⁶.

Al estar contemplada en la ley, formará parte del bloque de legalidad aplicable al contrato en virtud del principio de juridicidad⁷⁷ sin necesidad de estar contemplada en la documentación licitatoria o contractual (v. Dictámenes PTN 307:445)⁷⁸.

No alcanza en tal sentido —reiteramos— con que la prerrogativa se encuentre contemplada en una fuente de tenor reglamentario como los pliegos de bases y condiciones, sean estos generales o particulares o en el contrato; ello, en tanto el reglamento no tiene aptitud para legitimar inferencias imperativas en los derechos de los particulares (v. arts.16, 17, 18 y 28 CN) y el contrato —integrado por estos reglamentos— requiere, en definitiva, de la aquiescencia del contratista.

Ahora bien, nótese que la Ley de Bases, en puridad, defiere a la documentación licitatoria y contractual, el establecimiento y fijación del alcance y condiciones de ejercicio de las prerrogativas (v. art. 7.º, Ley N.º 17.520, texto sustituido por la Ley de Bases)⁷⁹, deviene así en una virtual autorización en blanco, una especie de “cheque en blanco” dado a las partes (esto es, no solo a la Administración, sino también a los grupos empresarios que aspiran a contratar con el Estado), arbitrio que permite sortear o eludir el cumplimiento del principio de legalidad de modo sustancial en tanto da cumplimiento al aludido principio solo de forma aparente⁸⁰. Porque lo cierto es que los contratos de infraestructuras y obras pú-

Poder. Historia y Teoría de los Poderes implícitos y de los Poderes Inherentes, *supra* cit., ps. 151 y ss.

75. V. Cassagne, Juan C., Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos..., *supra* cit.; también Cassagne, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, T.I., La Ley, Bs. As., 2016, 11.º edición actualizada, ps. 76 a 79.

76. González de Alonso, Augusto, “La discrecionalidad y su control. Diferenciación con la arbitrariedad y con los conceptos jurídicos indeterminados”, Udima, disponible en <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/13091>; <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2009.13091>.

77. Ver CSJN, 1993, “Espacio”, *supra* citado.

78. Por otra parte, la prerrogativa en puridad será de la Administración, fundada en una ley que se la atribuye, tal como surge del art. 12 del Decreto delegado N.º 1023/01, que enumera las prerrogativas de la autoridad administrativa.

79. Sigue en este aspecto, así como en muchos otros, similar temperamento al asumido oportunamente por la Ley N.º 27.328 que constituye un exponente a nuestro juicio del paradigma de la “autorregulación regulada”, si bien con superior técnica legislativa que la plasmada por la Ley N.º 27.742.

80. Sostiene en tal sentido, Esteve Pardo que el principio de legalidad queda cumplido y se sostiene como una mera fachada, que se deconstruye el Estado de Derecho Social “a golpe de contrato” (v. Esteve Pardo, José, “De

blicas que enmarcan en las disposiciones tanto de las Leyes N.º 27.328 y N.º 27.742 revisten una significación económica de escala e involucran actores económicos de gran magnitud; estos se encuentran muchas veces en una relación de fuerza económica que les permite imponer sus condiciones a los propios Estados⁸¹; de ahí la necesidad de que sea la propia ley la que garantice en estos casos —mucho más en que en los contratos que residualmente se rigen ahora por el Decreto N.º 1023/01— el necesario ejercicio de la prerrogativa estatal para proteger el interés público y los derechos de los destinatarios de esos bienes, obras y servicios. En este marco de claro compromiso del interés de la comunidad, la prerrogativa no puede ser objeto de negociación “libre” por parte de la Administración, e incluso, en nuestra opinión, no admite ser restringida en su ejercicio durante la vida del contrato, esto es, “a futuro”.

Desde esta atalaya, advertimos que el conjunto de las prerrogativas estatales contenido en la Ley de Bases no parece asegurar la autotutela administrativa del interés público que amerita la entidad de los intereses económicos y sociales comprometidos en su marco de predicción, con la misma eficacia que el Decreto delegado N.º 1023/01, según los ejemplos que colacionamos *infra*.

8.1. Los paneles técnicos sustitutivos de la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato

Puede tomarse como ejemplo de la regulación aminorada de las prerrogativas en el contexto de la Ley de Bases, al tratamiento dado a la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato, a través de un acto administrativo con los caracteres de presunción de legitimidad y ejecutoriedad (art. 12, LNPA), contemplada en el RCAN⁸², pero ausente en el marco de la Ley de Bases.

Consistente con el paradigma de la “autorregulación regulada” y del consiguiente desplazamiento de la ley por el contrato que esta implica, la Ley de Bases con-

la ley al contrato, así se abre la desigualdad”, Erreius, *Temas de Derecho Administrativo*, octubre 2016, ps. 16 y ss.).

81. V. Garapon, Antoine. *Propos recueillis par Jean Merckaert*, *Revue Projet* 2016/4, N.º 353, Éditions C.E.R.A.S, France, ps. 6 a 13, DOI 10.3917/pro.353.0006, “Les marchés poussent la souveraineté à renoncer à elle-même”. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-projet-2016-4-page-6.htm> (18/02/2024); v. también, Rodríguez María José, “Vulnerabilidad digital administrativa”, en Carnota, Walter F. - De Venezia, Lucas (dirección), *Vulnerabilidad digital*, Hammurabi, Bs. As., 2024, ps. 123 a 126.

82. V. art. 12, inc. a, RCAN.

sagra la institución de los paneles técnicos (art. 7.º bis y art. 12, Ley N.º 17.520 reformada)⁸³, que previo acuerdo que los establezca, conducirán a una solución del diferendo interpretativo por terceros ajenos a la Administración. Es de hacer notar que los aludidos paneles técnicos emitirán una “recomendación”, que, a nuestro juicio, deviene en un verdadero acto administrativo “ersatz”⁸⁴ (v. art. 36, de la reglamentación del Título III, aprobada como anexo II del Decreto N.º 713/2024).

8.2. La posición de la Administración en el caso de los contratos nulos

Otro ejemplo de aminoración de las prerrogativas se advierte en la regulación de la posición de la Administración en los contratos nulos.

El art. 7.º, inciso e, de la Ley N.º 17.520 (texto sustituido por el art. 68 de la Ley de Bases), expresa en su párrafo *in fine* que “la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal judicial competente”⁸⁵.

Esta disposición que reedita su similar contenida en el art. 9.º, inc. p) de la Ley N.º 27.328 para los contratos de participación público privada, socava las bases de la autotutela administrativa del Estado en tanto priva a la Administración de las herramientas necesarias para la concreción por sí misma de la juridicidad en su seno y en definitiva, la “ata de manos”⁸⁶. La potestad revocatoria por ilegitimidad

83. V. en igual sentido, el art. 9, w) de la Ley N.º 27.328 y su reglamentación, que contempla la posibilidad de los paneles técnicos pero sin establecer su obligatoriedad como lo hace la Ley de Bases, tal como lo destaca Ezequiel Cassagne en su conferencia “Las principales reformas al contrato de concesión de obra pública”, vertida en Congreso Internacional de Derecho Administrativo, “La Ley de Bases: un corte transversal al derecho administrativo”, 16 y 17 diciembre de 2024, organizado por el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, días 16 y 17 de diciembre de 2024, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/6290/Programa_Ley_bases_12.24_-_Interactivo.pdf.

84. Es decir, de un acto administrativo sucedáneo; v. sobre esta categorización, Rodríguez María José, “La centralidad de la noción de acto administrativo como expresión de la función administrativa en su articulación con el principio de juridicidad”, en Rodríguez R. Libardo (Director), Rivero Ortega, Ricardo (Coordinador), Colección de Derecho Administrativo Comparado, volumen VI, *El acto administrativo, volumen en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil*, Temis IIDA; Bogotá Colombia, 2022, ps. 14 y ss.

85. Marca una asistematicidad normativa con el art. 12, Decreto deleg. N.º 1023/01 y con el art. 59, incisos a) y b) del PUByC.

86. Reeditamos esta expresión de un trabajo previo elaborado con respecto a la Ley N.º 27.328 que plasma también, a nuestro juicio, pero con mayor perfección técnica el paradigma de la “autorregulación regulada”; v. Rodríguez María José, “La huida del derecho administrativo en los contratos PPP”, en *Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo, Instituciones, Buena Administración y Derechos Individuales*, Ediciones RAP, Bs.As., 2018, ps. 247 y ss.

resulta una potestad no solo consagrada desde siempre por la LNPA sino también inherente a las potestades constitucionales de la Administración en tanto función del Estado independiente de los otros dos poderes, que debe contar con poderes propios para el logro de sus cometidos institucionales⁸⁷. De tal suerte, “La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”⁸⁸. Ello, sin perjuicio del ulterior control judicial amplio en la instancia correspondiente.

En efecto, el juez debe respetar la realización íntegra (declarativa y ejecutiva) de la autotutela por la Administración, únicamente podrá intervenir cuando la tutela declarativa esté ya producida y precisamente para verificar si la misma, considerada en su singularidad, se ajusta o no al derecho aplicable⁸⁹.

8.3. La revocación del contrato por interés público y el reconocimiento del lucro cesante

El art. 7.º sustituido por el art. 68 de la Ley de Bases excluye la aplicación —directa, supletoria o analógica— a los contratos que se celebren en su marco de predicación— de toda norma que establezca una limitación de responsabilidad para el caso de la revocación por razones de interés público. De modo expreso, excluye las disposiciones limitativas contenidas en las leyes N.º 21.499 y modificatorias, N.º 26.944 y el Decreto N.º 1023/01 y modificatorios (v. art. 68, inciso e), Ley de Bases). Esta exclusión es reeditada —con defecto de técnica normativa— en el art 70 de la citada Ley de Bases.

87. Rodríguez María José, op. y loc. cit., nota anterior; v. en igual sentido, V. Comadira, Julio R., *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Monti, Laura (colaboradora), Buenos Aires, La Ley, 2002, ps. 333 y ss.; sobre los poderes inherentes; Aja Espil, Jorge A., op. y loc. cit. Tal como explica Enrique Alonso Regueira, la independencia de las funciones del poder que constituye uno de los pilares sobre los cuales se asienta el diseño constitucional de la República fundamenta la interdicción de sustitución judicial de la función administrativa (Alonso Regueira, Enrique, *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*, Lajouane, Bs. As., 2017, ps. 57 a 58 y Fallos 329:5368, caso “Buttice, Eduardo”, cit. por Alonso Regueira en op. cit.).

88. García de Enterría, Eduardo, Ramón Fernández, Tomás, *Curso de...*, op. cit., p. 515.

89. *Ibidem*, p. 517

Luce en esta exclusión, una afectación del principio de igualdad de trato de los contratistas del Estado que es consecuencia de la fragmentación de la normativa que rige en materia de contratos de la Administración, en claro beneficio de los contratistas amparados por la Ley de Bases cuyo derecho de propiedad contará con mayores garantías que los de los contratistas cuyas contrataciones se rijan por el régimen del Decreto N. ° 1023/01.

Se ha sostenido que Ley de Bases no impera el reconocimiento del lucro cesante en caso de revocación por interés público, sino que meramente excluye la aplicación de las mencionadas normas limitativas, es decir que la documentación licitatoria contractual podría apartarse de esta previsión y descartar expresamente el apuntado reconocimiento del lucro cesante.

Pero frente a la mencionada exclusión de las normas limitativas de responsabilidad y a la posibilidad de reconocimiento del lucro cesante que puede a nuestro juicio colegirse del art. 18 de la LNPA⁹⁰ —texto sustituido por el art. 37 de la Ley de Bases que afirma la indemnización de los daños efectivamente sufridos por los particulares administrados (si bien en el contexto de modificaciones de actos administrativos de alcance general)— ¿podrá la Administración establecer una cláusula que no reconozca al lucro cesante? ¿Con qué fundamento de vinculación positiva a la ley? Recuértese que la Administración en todos los órdenes de su relación debe regirse por el principio de legalidad entendido tanto en su dimensión positiva como negativa. Es decir que para que la Administración actúe no es suficiente con que se trate de una conducta no prohibida sino que debe estar expresamente permitida o razonablemente implícita en facultades expresas o inherentes.

Por otra parte, la expresa manda que contiene el art. 31 *in fine* de la reglamentación, a cuyo tenor, el pliego debe contemplar la metodología de cálculo para cuantificar el lucro cesante en los supuestos de extinción anticipada del contrato dispuestos unilateralmente por el concedente por causas no imputables al concesionario, parece reforzar la línea interpretativa favorable al reconocimiento de la inclusión de este rubro.

⁹⁰. Esta disposición refiere a los daños “efectivamente sufridos”, locución que si bien no menciona al lucro cesante, podría albergarlo en la medida en que resulte acreditado.

8.4. El ius variandi

El art. 7, inciso d) de la Ley N.º 17.520 — texto sustituido por el art. 68 de la Ley de Bases— establece la facultad de la Administración Pública nacional para establecer unilateralmente variaciones al contrato sólo en lo referente a la ejecución del proyecto, y ello por hasta un límite máximo, en más o en menos, del veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, compensando adecuadamente la alteración, preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento.

El art. 30 de la reglamentación del Título III de la Ley N.º 27.742 aprobada como anexo II del Decreto N.º 713/2024 precisa:

“Las modificaciones unilaterales del contrato de concesión dispuestas por el concedente referidas a la ejecución del proyecto, deberán ser compensadas al concesionario de modo tal de mantener el equilibrio de la ecuación económico-financiera de la concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley N.º 17.520 y sus modificatorias. El cálculo de las compensaciones y las medidas compensatorias adoptadas para restablecer dicho equilibrio, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto de las variaciones sea igual a CERO (0), considerando la tasa de descuento aplicable al contrato de concesión, y/o la neutralidad del efecto económico que las variaciones y las correspondientes medidas compensatorias puedan tener en la tasa interna de retorno previstos en la oferta, ello conforme con lo previsto en la oferta y en el contrato de concesión y con las posibilidades y condiciones de financiamiento en oportunidad de disponerse la modificación unilateral del contrato de concesión”.

La disposición legal reedita el art. 9 inciso i) de la Ley N.º 27.328 y se apartaría del criterio general establecido por el art. 30⁹¹ la Ley de Obras Públicas N.º 13.064 que

91. Reza el art. 30, LOP: Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista, abonándose, en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada. Si el contratista justificase haber acopiado o contratado materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas, se hará un justiprecio del perjuicio que haya sufrido por dicha causa, el que le será certificado y abonado. La obligación por parte del contratista, de

reconoce igual facultad pero excluye el reconocimiento del lucro cesante cuando la modificación se traduce en una disminución de los trabajos, salvo el acopio de materiales⁹².

Hemos expresado reiteradamente que muchos de los beneficios o tratamientos favorables al contratista contenidos en la Ley N.º 27.328, contrastados con el régimen general del Decreto N.º1023/01 y de la LOP, podían resultar axiológicamente justificados en tanto se considerara que la Ley de Participación Público Privada —dentro de lo jurídicamente opinable— consagraba un régimen de fomento. Pero el régimen de concesiones de obras, infraestructuras públicas y servicios públicos perfilado por la Ley de Bases no califica como tal. De consiguiente, los apuntados beneficios constituyen una fractura del principio de igualdad de los contratistas del Estado, si se los compara con la regulación contenida en el Decreto N.º1023/01 y la Ley N.º13.064 en tanto estos plexos excluyen el reconocimiento del lucro cesante en el caso de la disminución del contrato⁹³.

El no reconocimiento del lucro cesante —producto de la aplicación al supuesto del criterio expropiatorio— encontraría fundamento en la circunstancia de que se trata de actividad lícita del Estado que produce el sacrificio de derechos de particulares en aras del interés general⁹⁴, noción esta última que redundaría por cierto, también en beneficio del particular administrado involucrado en la apuntada actividad legítima (el contratista del Estado)⁹⁵. El margen de ejercicio del *ius variandi* tanto a la alta como a la baja, tiene un límite de razonabilidad, el 20% que acota la extensión de la prerrogativa, la cual constituye una posibilidad que integra desde un origen la ecuación económica financiera del contrato dado que resulta establecido por la ley y por la documentación licitatoria contractual. Es decir, se trata de una posibilidad que debe ser tenida en cuenta por el oferente

aceptar las modificaciones a que se refiere el presente artículo, queda limitada de acuerdo con lo que establece el artículo 53.

92. V. art. 30, Ley N.º 13.064 y Druetta, Ricardo Tomás, Guglielminetti, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas, Comentada y anotada*. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2013, p. 234.

93. Similar regulación en el caso de la disminución del contrato, contiene la LCSP española, N.º 9/17, v. art. 242.1.

94. V. Perrino, Pablo E., “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, *SJA* 11/11/2009, ap. I, p. 1.

95. Trataríase de un supuesto justificado por las exigencias de la justicia distributiva que se realiza conforme una equivalencia proporcional lograda en el marco de un contrato que Barra califica de “desigual”, pero que no impide el ajuste de las prestaciones recíprocas para la realización del acto justo (v. Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, Tomo 1, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. 1984, ps. 24 y ss.).

en el momento de efectuar su oferta y considerada en las instancias de obtención del financiamiento.

No se nos escapa, sin embargo, que frente al protagonismo que asume el financiamiento privado en el contrato de concesión⁹⁶, —contrastado este con la figura contractual regida por la Ley N.º 13.064—, la compensación absoluta que la norma preconiza, podría resultar justificada.

8.5. El desplazamiento de los marcos legales regulatorios de los servicios públicos

La regulación prevista en la Ley de Bases, con respecto a los contratos de concesiones no contempla, en el bloque de legalidad que establece, a los marcos regulatorios de los servicios públicos, tal como observó oportunamente Perrino⁹⁷. Y habilita de este modo el desplazamiento de estos plexos normativos⁹⁸ por la documentación licitatoria contractual, de modo congruente con el paradigma que aplica⁹⁹. Ello ha sido remediado, en línea con la advertencia de Perrino, a través de la reglamentación aprobada como anexo II del Decreto N.º 713/2024 (v. art. 3.º).

96. Para Marienhoff, quien en este punto sigue a Waline y a Garrido Falla, es el modo de remuneración de lo que distingue el contrato de concesión de obra del contrato administrativo de obra pública (v. Barra, Rodolfo C., *Contrato de Obra Pública*, Tomo I, supra citado, p. 311). Explica Barra que en el marco del contrato de concesión de obra pública la Administración transmite siempre al concesionario, el cometido de gestionar la financiación de la obra y de percibir de sus usuarios el pago de un tributo directo y exclusivamente destinado al pago del valor de la obra (incluyendo el costo de financiación y el beneficio empresario, aunque no necesariamente compensatorio de ese valor; la razón y sentido del contrato de concesión de obra pública (tanto en la delegación propia como en la impropia), es la necesidad de la Administración, por razones de organización interna y por razones presupuestarias de transferir esos cometidos al sector privado. Aun cuando el Estado avale la financiación obtenida por el contratista concesionario, que es el caso habitual, los riesgos contingentes no se contabilizan en el presupuesto general. Este sistema otorga una gran flexibilidad a la Administración para ejecutar obras públicas sin verse limitada por trabas presupuestarias (Barra, op. cit. p. 321).

97. Perrino, Pablo E., “Reforma al régimen jurídico del contrato administrativo de concesión de obra pública, infraestructura y servicios públicos, Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, La Ley, ejemplar del 5-8-2024, LA LEY Ar/doc/1804/2024. Para este autor, esta omisión podía ser subsanada, entre otras, por vía reglamentaria. Así fue remediada mediante el dictado del Decreto N.º 713/2024, Anexo II, Reglamentación del Título III de la Ley N.º 27.742

98. Este bloque de legalidad se encontraría configurado por las leyes N.º 24.076 y modif., N.º 24.065, N.º 19.798 y N.º 27.078, decretos N.º 656/94 y N.º 44/91 (Perrino, Pablo E., op. cit., nota 41).

99. Esta ausencia se inscribe en el desplazamiento de la ley por el contrato. La ley deja de ser una fuente limitativa tanto de la Administración como del particular administrado en la relación iusadministrativa.

8.6. Tribunales arbitrales. Prórroga de jurisdicción

La Ley de Bases posibilita —del mismo modo que la Ley N.º 27.328¹⁰⁰— que el contrato administrativo de concesión huya no solo de las prerrogativas de la Administración¹⁰¹, sino también de los jueces locales, establecidos por la CN.

Expresa el art. 12 de la Ley N.º 17.520, sustituido por la Ley de Bases: “Todos los contratos podrán prever mecanismos de prevención y solución de controversias, conciliación y/o arbitraje.

100. La Ley de Bases sigue los estándares de la Ley N.º 27.328 en muchas de sus disposiciones, singularmente en cuanto interviene sobre la relación de subordinación jurídica que por naturaleza caracteriza a la relación ius administrativa, otorgando al contratista derechos que no se encuentran en el régimen común de la contratación administrativa perfilado por el Decreto N.º 1023/01. Esto admite —como hemos señalado antes— una justificación axiológica en el campo de aplicación de la segunda dado que podría ser considerada, dentro de lo jurídicamente opinable, como un régimen de fomento; pero no encuentra fundamento suficiente en el marco de la Ley de Bases que no reviste tal carácter. Nótese que uno de los elementos que impiden considerar a un régimen como de fomento es la falta de limitación temporal de los beneficios que confiere (v. Rodríguez María José, “El fomento como forma de la intervención administrativa: la promoción industrial en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación” en AAVV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Ediciones Rap, pp. 679–708). En tal sentido, como advierte Perrino, la Ley de Bases no fija un plazo máximo para los contratos que se celebren en su marco a diferencia de lo que acontece con los contratos denominados de participación público-privada (v. Perrino, Pablo E., op. y loc. cit.); v. en similar sentido, el art. 5, del Decreto reglamentario N.º 118/2017 que declara de interés nacional todos los proyectos que se desarrollen en el marco de las disposiciones de la Ley N.º 27.328. Por otra parte, cabe tener presente que la aplicación de la Ley N.º 27.328 es reglada y subsidiaria, en tanto su art. 1.º prescribe que “Los contratos de participación público-privada podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer.” Y que la clave de bóveda de aplicación de su régimen reside en que se trate de obras que no se financien sustancialmente con fondos del Tesoro (v. art. 1.º, *in fine*, Reglamento aprobado por el Decreto N.º 118/17). De tratarse de obras que se financian sustancialmente con fondos del Tesoro, corresponde la aplicación del régimen perfilado por la Ley N.º 13.064 (v. Rodríguez, María José, “La huida...”, op. cit.). En efecto, tal como explica Cassagne, “Como condición básica para la implementación del financiamiento privado de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica...” (v. Cassagne, Juan C., *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, 3.º edición, ps. 274 a 275—el resaltado es propio—, cit. por Perrino Pablo en op. cit., nota 75). Debe señalarse sin embargo que la regla del financiamiento privado en el caso de los contratos PPP aparece morigerada luego de la modificación del art. 1.º de la reglamentación aprobada por el Decreto N.º 118/2017 por su similar N.º 936/2017 (v. art. 3.º). En efecto, la redacción original del Decreto N.º 118/2017 vedaba la ejecución a través del régimen previsto de proyectos cuyo único objeto fuera la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras financiadas sustancialmente con fondos del Tesoro Nacional. Esa limitación fue modificada a través del Decreto N.º 936/2017 que estableció que podrían ejecutarse a través del régimen previsto en la Ley, los proyectos cuyo objeto fuera la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras repagadas con Contraprestación por Uso y/o con Contraprestación Pública. La norma precisó que cuando el repago procediera “de fondos del Tesoro Nacional, incluyendo recursos provenientes de fideicomisos con afectación específica, debe mediar financiamiento del Contratista PPP, de Entidades Financiadoras y/o de terceros, respecto de los pagos que deban realizarse bajo los Proyectos” (v. Cassagne, Ezequiel, “El régimen de Participación Público Privada”, *Revista Derecho Administrativo*, *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Abeledo-Perrot, n.º 117, p. 17; también v. Cassagne, Ezequiel, conferencia “Las principales reformas al contrato de concesión de obra pública”, vertida en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo”, organizado por el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, días 16 y 17 de diciembre de 2024, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/6290/Programa_Ley_bases_12.24_-_Interactivo.pdf.

101. Nos referimos, en puridad, a las prerrogativas “fuertes” incluidas en el art. 12 del Decreto delegado N.º 1023/01, régimen excluido tanto por la Ley N.º 27.328 como por su similar N.º 27.742.

En el caso de optarse por la vía del arbitraje con prórroga de jurisdicción, deberá incluirse la respectiva cláusula arbitral que será aprobada en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo nacional e informado inmediatamente al Honorable Congreso de la Nación.”

Más allá de las razones de peso que obran en sustento de la desconfianza de los contratistas del Estado, teniendo presente que nuestro país adolece de políticas públicas perdurables en el tiempo con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica —variando estas, además, al son de los vaivenes políticos— lo cierto es que la justicia pactada, sea a través de paneles técnicos¹⁰², sea a través del compromiso de árbitros, instala una situación de desigualdad en la contratación administrativa con respecto a los contratistas del régimen común de la contratación pública perfilado por el Decreto delegado N.º 1023/01, que no cuentan con esta posibilidad.

Resuenan las palabras de Esteve Pardo consagradas en el título de una de sus obras, mencionada ya en este trabajo: “De la Ley al contrato, así se abre el camino a la desigualdad”¹⁰³.

8.7. La “deslegalización” de las prerrogativas de la Administración en el contrato administrativo: su regulación por la documentación licitatoria contractual

La Ley de bases opera una suerte de “deslegalización” de las prerrogativas de la Administración en beneficio de la libertad de configuración interna del contrato por parte de la Administración y de la autonomía de voluntad del contratista del Estado.

Se defiende la regulación de la prerrogativa a la documentación licitatoria y contractual en detrimento del principio de legalidad que aparece formalmente cumplido pero no en su sustancia. Ello, dado que no es el legislador quien efectúa la regulación sino quien delega esa regulación a las partes.

¹⁰². Según la reglamentación del Título III de la Ley, aprobada por el anexo II del Decreto N.º 713/24, estos acompañan la vida del contrato dado que deben ser previstos por la documentación licitatoria contractual (art. 35).

¹⁰³. Esteve Pardo, José, op. cit., ps. 9 y ss.

De tal suerte, se “deslegalizan las prerrogativas” —al deferir la regulación a la documentación licitatoria contractual— en contra de los intereses públicos de la Administración y se “legalizan”, en cambio, las garantías del contratista del Estado, cristalizando su regulación tuitiva como bloque de juridicidad aplicable —aun en defecto de la estipulación contractual—, en beneficio del contratista particular¹⁰⁴.

Para García de Enterría y Tomás Ramón Fernández la deslegalización es una suerte de delegación legislativa, es la operación que efectúa una ley que sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por una ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración. Una ley de deslegalización —explican— opera como *contrarius actus* de la ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada por simples reglamentos.

De este modo simples reglamentos podrán innovar y por tanto derogar leyes formales anteriores, operación que no sería posible si no existiera la ley degradatoria previa¹⁰⁵.

La ampliación del ámbito material de la potestad reglamentaria —explican— se hace siempre delimitando dicho ámbito de una manera más o menos precisa, pero siempre expresa, puesto que no cabe una deslegalización general de todo el bloque de legalidad.

La técnica deslegalizadora plantea un grave problema en relación con las materias constitucionalmente reservadas a la ley. Esta reserva de una materia a la ley se infringiría, si pretendiese cumplirse con una ley de contenido puramente formal, operante en el ámbito abstracto del rango, ley que justamente viene a entregar la regulación de la materia de que se trate a los reglamentos¹⁰⁶. Es decir, la deslegalización no puede suplir la reserva constitucional de ley.

104. V. a título de ejemplo, la pormenorizada regulación que efectúa el art. 7 bis de la Ley N.º 17.520, incorporado por el art. 69 de la Ley N.º 27.742, a lo largo de sus cinco párrafos, cristalizando los derechos del contratista, aquí, sí, mediante una heterorregulación imperativa.

105. García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, op. cit., T. I, ps. 274 a 276.

106. Ídem.

Este diferente trato por parte de la normativa, además de la violación del principio de igualdad de los contratistas del Estado y de los destinatarios de bienes, obras, infraestructuras y servicios, afecta el equilibrio posicional que debe presidir la ecuación prerrogativas-garantías, equilibrio que constituye la esencia del derecho administrativo y de la relación *ius administrativa*.

8.8. El consiguiente desguarecimiento del interés público como consecuencia de la aplicación de la técnica de la “deslegalización” de las prerrogativas estatales y de la correlativa “legalización” de las garantías

Tal como se explicitó en apartados anteriores, los contratos que enmarcan en las disposiciones de la Ley de Bases y de la Ley de Participación público privada, involucran actores y consorcios empresarios de gran poder económico¹⁰⁷ y técnico que lejos están de encontrarse en la situación de subordinación jurídica de los contratistas alcanzados por el régimen general de contrataciones instituido por el Decreto delegado N.º 1023/01. Aun más, no resulta inverosímil afirmar que los aludidos interlocutores exhiben superior capacidad negocial a los propios Estados nacionales por la posesión de conocimientos y herramientas técnicas de máxima sofisticación¹⁰⁸. De consiguiente, la aplicación como técnica regulatoria de la deslegalización de las prerrogativas estatales y de la correlativa legalización de las garantías del contratista, en este contexto de operadores, rompe el equilibrio posicional propio del derecho administrativo y conduce a un claro desguarecimiento del interés público y, por cierto, afecta la garantía de igualdad respecto de los contratistas del Estado alcanzados por regímenes como el Decreto delegado N.º 1023/01 y la Ley N.º 13.064.

¹⁰⁷. V. Garapon, Antoine, op. y loc. cit. y Rodríguez María José, “Vulnerabilidad digital administrativa”, op. y loc. cit.

¹⁰⁸. Ídem nota anterior.

8.9. Otros aspectos tuitivos de la Ley Bases en sinergia con el tratamiento de las prerrogativas que sistémicamente considerados, desbalancean el equilibrio contractual de cara a las otras regulaciones contractuales (Decreto delegado N.º 1023/01 y Ley N.º 27.328)

A la deslegalización de las prerrogativas de la Administración (con violación a nuestro juicio del principio de legalidad de la administración en su exigencia de vinculación positiva a la ley, y a la correlativa legalización de aspectos garantísticos para el particular se suman aspectos que operan de modo transversal como criterios para el ejercicio de las prerrogativas. Así, la intelección del principio de mantenimiento de la ecuación económico financiera como un valor absoluto y radical y autónomo del contrato de concesión (art. 69, Ley de Bases)¹⁰⁹.

Señala Cassagne que el principio de mantenimiento de la ecuación económico financiera rige en el marco de las reformas introducidas por la Ley de Bases al contrato de concesión como un verdadero derecho del contratista, no depen-

¹⁰⁹. Este principio resulta expresado y enfatizado en la compensación absoluta en caso de ejercicio del *ius variandi* tolerado por la norma (20%), tanto en el aumento como en la disminución del contrato, que se aparta de la regulación tanto del Decreto delegado N.º 1023/01 (v. art. 12, inc. b, *in fine*) como de la LOP (v. art. 30). Como señaláramos supra, esta posibilidad, a nuestro juicio, integra desde la génesis del contrato, su economía general, es decir, su ecuación económico financiera. De ahí que debe ser tenida en cuenta en la instancia de formulación de la oferta y elaboración del plan financiero. De tal suerte, en el caso de que la Administración disminuyera el objeto contractual dentro del margen permitido por el *ius variandi*, la pérdida del lucro cesante correlativo a la disminución del 20% del contrato no debería ser considerado como una alteración de la ecuación económico financiera, dado que debería haber sido considerado en la etapa de formulación de la oferta. Sin embargo, no es esta la solución que ofrece el texto legal que propugna por una absoluta compensación tanto en el caso de aumento como de disminución de las prestaciones.

Reza el art. 69 de la Ley de Bases: "Incorpórase como artículo 7º bis de la ley 17.520 el siguiente: Artículo 7º bis: A lo largo del plazo de vigencia de los contratos de concesiones de obras, infraestructuras públicas y servicios públicos la administración deberá garantizar el mantenimiento del equilibrio de la ecuación económico-financiera tenida en cuenta al momento de su perfeccionamiento.

Generada una distorsión de dicho equilibrio por causas no imputables a ninguna de las partes, las mismas estarán facultadas para renegociar el contrato con el fin de alcanzar su recomposición o convenir su extinción de común acuerdo, conforme al plazo que será establecido en la reglamentación o en la documentación licitatoria. De no arribarse a un acuerdo, las partes deberán someter la controversia a consideración de un panel técnico y, si correspondiere, al tribunal arbitral respectivo. En caso de extinción por mutuo acuerdo, la reglamentación determinará el plazo desde la fecha de suscripción del convenio de extinción dentro del cual deberá realizarse la liquidación de créditos y débitos y, en su caso, el pago del crédito resultante a favor de alguna de las partes. Los oferentes deberán consignar en sus propuestas la ecuación económico-financiera por medio de la explicitación del Valor Actual Neto (VAN) y/o la Tasa Interna de Retorno (TIR), conforme a los parámetros que deberán establecerse en la documentación licitatoria.

La documentación licitatoria y contractual establecerá los mecanismos de recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato.

En aquellos supuestos de fuerza mayor o actuaciones de la administración que resulten determinantes de la ruptura sustancial de la economía del contrato de concesión, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por hasta igual término al de su duración inicial. En los casos de fuerza mayor, el concedente garantizará los ingresos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera de manera absoluta la realización de la obra o la continuidad de su explotación."

diente en su ejercicio de la existencia de variables como la fuerza mayor, el hecho del príncipe¹¹⁰, y que excluye todo riesgo empresario.

La exclusión del riesgo empresario en el marco del contrato administrativo es aceptada por Barra (con la excepción del álea que provenga de la mala y culpable gestión empresarial del contratista particular durante la ejecución del contrato). Constituye para este autor un beneficio del régimen exorbitante propio del contrato administrativo de obra pública¹¹¹.

De nuestra parte consideramos que este principio de mantenimiento de la ecuación económico financiero del contrato resulta —si bien con la flexibilidad propia de una ecuación y no de una igualdad estricta, tal como parece ser perfilado por la reglamentación de la norma (v. art. 30, reglamentación del Título III de la Ley, aprobada como anexo II del Decreto N.º 713/24)— de aplicación a todos los contratos administrativos y no solo al contrato de concesión ya que se funda en el principio aristotélico de la reciprocidad de los cambios.

Pero una maximización de su interpretación puede resultar en tensión con aspectos propios del contrato administrativo como su finalidad de interés común que redundaría también sobre el contratista del Estado, y la función social de la propiedad.

9. “ORGANIZAR” LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN SI NO PODEMOS EXPULSARLAS¹¹²...

Las prerrogativas de la Administración hacen a la esencia del derecho administrativo y exhiben un singular campo de aplicación en el marco de la contratación administrativa.

¹¹⁰. Cassagne, Ezequiel, conferencia “Las principales reformas al contrato de concesión de obra pública”, vertida en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo”, organizado por el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, días 16 y 17 de diciembre de 2024, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/6290/Programa_Ley_bases_12.24_-_Interactivo.pdf.

¹¹¹. Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, T.I, *supra cit.*, ps. 37 y 56/60).

¹¹². Replicamos el sentido de esta expresión —por su intensidad gráfica— del excelente trabajo de Patricia Guglielminetti, “Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado”, *supra cit.*

Los plexos legales más recientes que se enmarcan en el fenómeno de la autorregulación regulada parecen, en algunos casos, preconizar una tendencia limitativa de estas, implicando premisas filosóficas relativamente reticentes al poder del Estado y a su ejercicio¹¹³.

Se considera metafóricamente a las prerrogativas como las brujas o demonios del derecho administrativo¹¹⁴ y se propicia su “organización”, si no es posible, su expulsión.

No albergamos duda que el ejercicio del poder del Estado debe ser siempre limitado y tendente al logro del Bien Común de acuerdo con el principio de subsidiariedad. Pero cabe en esa línea prevenir contra una visión hobbesiana del poder que percibe al Estado como un *Leviatán*, o como un mal necesario, en el marco de un pesimismo antropológico que considera *al hombre lobo del hombre*.

Debe en tal sentido tenerse presente que según impera el art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en un Estado de Derecho democrático, los derechos se gozan conforme las justas exigencias del Bien Común. Y que justamente corresponde al Estado, gerente del Bien Común, garantizar que estas exigencias se cumplan. Para ello, el Estado dispone de poder, que es capacidad de acción. Y la prerrogativa estatal es justamente la expresión jurídica de ese poder cuyo ejercicio resulta cohonestado por las aludidas exigencias.

La impronta social de los derechos subjetivos en puridad refleja la naturaleza social del *zoon politikon*.

Esta impronta social es muchas veces desconocida por abordajes que exaltan las notas de la individualidad y prescinden de la mirada del contexto, de correlacionar el ejercicio de los derechos con los deberes que la persona tiene “para con la familia, la comunidad y la humanidad”; en definitiva, de compatibilizar los derechos con las “justas exigencias del Bien Común en una sociedad democrática”.

¹¹³. Sobre el orden de las ciencias, v. Sanguinetti, Juan José, *La filosofía de la Ciencia según Santo Tomás*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 1977, ps. 129 y ss.; también, Beuchot, M., “La hermenéutica analógica en la interdisciplinariedad de las ciencias humanas”, *Franciscanum*, LIII, (155) ps. 127 a 144.

¹¹⁴. Ídem

Así, el individualismo que surge a partir del nominalismo de Guillermo de Ockham (1285-1347), las proyecciones del individualismo sobre el voluntarismo en general, y sobre el *dezisionismus* de Carl Schmitt. En efecto, como lo hace notar Arturo E. Sampay en su impar obra *Introducción a la teoría del Estado*¹¹⁵, el voluntarismo deriva, en materia de organización política, tanto en el liberalismo como en el totalitarismo. De ahí, la influencia, solo en apariencia paradójal, que tuvo un pensador como Hobbes (1588-1679), en estos dos sistemas y sus derivados¹¹⁶.

Ciertamente los sistemas filosóficos que perfilan una verdadera *weltanschauung* (visión del mundo) inficionan los sistemas teóricos generales, en la especie, los jurídicos. Y así, refiere Supiot, “Los juristas son presa de la *rage du calcul* (furor del cálculo) y buscan a su turno reducir la sociedad humana a la suma de sus utilidades individuales. En esta perspectiva, no hay más que derechos individuales. Toda regla es conmutada en derechos subjetivos (...) Se distribuyen los derechos como si se distribuyeran armas y ¡que gane el mejor! **Así debitado en derechos individuales, el Derecho desaparece como bien común.** Pue el derecho tiene dos caras: una subjetiva y la otra objetiva y son las dos caras de una misma moneda. Para que cada uno pueda disfrutar de sus derechos, es necesario que esos derechos minúsculos se inscriban dentro de un Derecho mayúsculo, es decir en un marco común y conocido por todos (...). La idea de este Derecho objetivo que hoy se desdibuja como el resto del empleo de la mayúscula que se utiliza para distinguirlo de los derechos subjetivos. El individuo no tendría más necesidad del Derecho para ser titular de derechos y es, por lo contrario, del apilamiento y del choque de derechos individuales que resultará por adición y sustracción, la totalidad del Derecho” (lo resaltado es propio)¹¹⁷.

La dilución de la noción de Bien Común conduce en definitiva a desmontar el Estado Social de Derecho, como también advierte atinadamente Supiot en otra obra¹¹⁸. Este autor destaca cómo la teoría de la deconstrucción de Jacques Derri-

115. Sampay, Arturo, *Introducción a la teoría del Estado*, Ediciones Politeia, Bs. As. 1951, ps. 16 y ss.

116. V. Rodríguez María José, “La estabilidad del acto administrativo frente a la vigencia irrestricta de la juidicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria”, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14974>.

117. Supiot, Alain, *Homos Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Essais, Éditions du Seuil, 2005, ps. 26 a 27, traducción libre de la autora.

118. Supiot, Alain, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Éditions du Seuil, Paris, 2010, ps.

da expresada en *Le fondement mystique de l'autorité* (Ed. Galilée, Paris, 1994), que parte de una concepción individualista de la justicia, es la pendiente filosófica de la descalificación de la justicia social por los ultraliberales¹¹⁹

Bajadas estas consideraciones filosóficas al nivel de estructuración en concreto, propugnamos un sano retorno a una versión clásica del derecho administrativo que pivote en una visión servicial de la prerrogativa y solidaria de la garantía, tal como lo expresara en una magnífica fórmula el profesor Julio Rodolfo Comadira, acorde con una concepción antropológica sustentada en la naturaleza social de la persona y en la necesidad de la cooperación social para el logro de sus fines existenciales, en responsabilidad y bajo su propia responsabilidad.

II. Suma conclusiva: el desideratum de recuperar la unidad normativa correlativa a la sustantividad de la categoría contractual. La concreción de la igualdad de contratistas y destinatarios de bienes, servicios y obras

En suma, la Ley de Bases —en lo atinente a los institutos y disposiciones del derecho administrativo aquí examinados— parece inscribirse en el modelo hodierno de la “autorregulación regulada”.

Este paradigma puede encontrarse en tensión con las reglas que presiden las adjudicaciones en el campo del derecho público en el cual el principio de legalidad constituye una garantía de que el reparto se realizará conforme a criterios de justicia necesarios para el Bien común. Este principio de legalidad no admite zonas francas para la administración en las que esta y los particulares resuelven libremente con bajo techos muy laxos.

En lo tocante a la contratación administrativa, esta, luego de la modificación efectuada por la Ley de Bases, exhibe una fisonomía más fragmentada producida por categorías de contratos que se apartan del plexo general de la contratación administrativa perfilado oportunamente por el RCAN¹²⁰, cuyo

47/48, cit. por Esteve Pardo, en op. cit., p.18, nota a pie.

119. Esteve Pardo, José, op. cit., p. 18, en nota a pie de página.

120. V. art. 12 bis, Ley N.º 17.520, texto incorporado por el art. 72 de la Ley de Bases: “No serán de aplicación directa, supletoria ni analógica a las contrataciones sujetas a la presente ley: a) El decreto 1023/01 sus modificatorios y su reglamentación; b) Los artículos 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias. El pago del precio del contrato

dictado tuvo vocación omnicomprensiva (v. arts. 1.º, 4.º y 5.º, Decreto delegado N.º 1023/01)¹²¹.

La fragmentación de la contratación administrativa se agrava por el corte del puente que la unía con las normas legales aplicables en materia de acto administrativo, efectuado por el art. 27 de la *Ley de Bases*; ello, al suprimir este último, el párrafo *in fine* del art. 7.º de la LNPA, que postulaba la aplicación directa del Título III de la LNPA a los contratos celebrados por el sector público nacional, en cuanto fuere pertinente.

Cabe, desde la atalaya de las consideraciones que preceden, hacer votos para que el legislador recupere la apuntada unidad que supo concretar el RCAN.

Ello, sancionando un nuevo *régimen general con unidad sistémica*, mediante el dictado de una *ley de contratos de la Administración Nacional* que restaure la unidad de régimen y sentido de la contratación administrativa y revierta así el retroceso normativo producido, a partir de la yuxtaposición inorgánica de plexos que se han virtualmente conglomerado **más que armonizado**.

La norma legal que propiciamos debería consagrar asimismo en su texto, las prerrogativas de la Administración necesarias para la protección del interés público, las garantías de los particulares, y las modulaciones regulatorias que las diferentes categorías contractuales realmente reclamen. Ello, preservando el equilibrio de prerrogativas y garantías que se encuentra en la sustancia del derecho administrativo, en aras a que el Estado pueda cumplir con su función de Gerente del Bien Común.

El dictado de este cuerpo normativo será asimismo una ocasión propicia para enmendar defectos técnicos e inconsistencias¹²² que presenta el capítulo II del

y/o la remuneración del concesionario constituyen una obligación de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El Estado nacional sólo se liberará si el concesionario percibe las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes.”; v. en similar sentido, art. 31, Ley N.º 27.328.

121. V. Barra, Rodolfo, “El nuevo régimen de contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo”, y “La sustantividad del contrato administrativo”, *supra cit.*

122. V.gr., el art. 66, *Ley de Bases* que adicionó en el tercer párr. del art. 1.º Ley N.º 17.520, la referencia inapropiada a los servicios públicos; también el art. 73, *Ley de Bases*, que debió ser ubicado en el Título III, Capítulo I y no en

Título III de la *Ley de Bases* en lo tocante a la regulación de los contratos de concesiones de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos, e incluso para subsanar superposiciones o duplicaciones de este capítulo con la Ley N.º 27.328¹²³.

Finalmente, uno de los fundamentos justificantes tanto de la Ley N.º 27.328 como de la *Ley de Bases* es la seguridad jurídica para atraer inversiones. Este es un *leitmotiv* de ambas normas. Sin embargo, pensamos que ese objetivo no se va a concretar a través de regulaciones que por afectar principios que hacen a la propia existencia del derecho público, administrativo en la especie y a su finalidad de bien común se imponen por la fuerza de la necesidad.

La seguridad jurídica requiere justamente de seriedad tanto legislativa, a través de regulaciones pensadas con sentido integral —no de parches que se superponen y yuxtaponen— y de una conducta de nuestros tribunales respetuosa de esas normas y de la seguridad jurídica, en puridad, depende del crecimiento ético y cívico de nuestra propia sociedad¹²⁴.

Porque no podemos pedir a quienes gobiernan y administran lo que la sociedad de la que surgen, no tiene.

el Capítulo II (aspectos indicados por Perrino, Pablo E., en op. cit., aps. I y IV.1).

123. El art. 7.º inc. e, párr. *in fine*, Ley N.º 17.520 —texto sustituido por el art. 68, *Ley de Bases*— aparece repetido en lo tocante a la extinción del contrato por razones de interés público en el art. 7.º *ter*, Ley N.º 17.520, texto sustituido por la *Ley de Bases*; v. también, al respecto, Perrino, Pablo E., op. cit., apartados III y IV.

124. En definitiva, no depende de soluciones “pragmáticas”; v. sobre la inconveniencia de las soluciones pragmáticas, Naeff, Oscar A., “Desafíos de la innovación y los cambios culturales en el Derecho”, *Revista de la Carrera de Abogacía de la UMSA*, ejemplar marzo 2025, disponible online en [CIJur - Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Bs. As.](#)