

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS CASSAGNE

SEGUNDA EDICIÓN

Con la colaboración de **Estela B. Sacristán**



LexisNexis®

Abeledo-Perrot

BUENOS AIRES

Prólogo con motivo de la segunda edición de esta obra.....	7
Principales abreviaturas utilizadas en este libro	9

SECCIÓN I
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Relatividad de los términos convencionales y diferentes categorías jurídicas de contratos públicos.....	13
2. Trascendencia de la figura del contrato administrativo	16
3. Diferentes grados de regulación pública	18
4. El contrato administrativo: concepto y diferencias con los contratos civiles	21
a) Criterios del sujeto, de la jurisdicción aplicable y de la forma del contrato	22
b) La voluntad de las partes y la calificación legislativa	23
c) El servicio público y la utilidad pública como criterios determinantes del contrato administrativo en razón de su objeto	24
d) Las cláusulas exorbitantes	25
e) Otros criterios: la doctrina nacional	26
f) La función administrativa y la causa fin del contrato.....	29
g) Continuación: efectos respecto de terceros	31
h) El contrato administrativo como acuerdo sobre una declaración de voluntad común	31
5. La causa-fin como elemento diferenciador del contrato administrativo. La configuración de una zona común de la contratación administrativa	33
6. Clasificación de los contratos administrativos	34
a) Contratos de atribución y de colaboración.....	34

b) Según su tipicidad	36
c) Nominados e innominados	36
7. El contrato interadministrativo.....	37
8. Contratos de la Administración regidos parcialmente por el derecho privado.....	38
9. Los contratos administrativos por extensión.....	40
10. Los contratos sobre actos y potestades administrativas.....	42
11. Algunas consecuencias que genera la distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados	43
a) La interpretación del contrato administrativo.....	44
b) Un supuesto especial: la procedencia de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> y la rescisión o resolución del contrato administrativo ante el incumplimiento de la Administración.....	44
c) El poder modificatorio de la Administración en los contratos administrativos.....	46
12. El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema	47
13. Síntesis final	49

CAPÍTULO II

EL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL

1. Necesidad de la reforma y reordenamiento del Régimen de Contrataciones: su fundamento	53
2. Ámbito subjetivo de aplicación	55
3. Ámbito material de aplicación: la presunción de que toda contratación es de índole administrativa. Consecuencias	55
4. Continuación: contratos incluidos y contratos excluidos	58
5. El régimen exorbitante y el carácter expreso que revisten las prerrogativas en el ordenamiento. Su eventual renunciabilidad o limitación	60
6. Aplicación de las normas que regulan el acto administrativo en la LNPA al contrato administrativo.....	62
7. La regla de la ejecutoriedad: las excepciones al principio	63
8. Sobre la estabilidad de los contratos y el alcance de las facultades delegadas.....	63
9. Recapitulación: algunas conclusiones y balance crítico	66

CAPÍTULO III

LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL Y LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

1. Principios y valores en juego en la contratación administrativa	69
--------------------------------------------------------------------------	----

a) Principio de concurrencia y de competencia.....	72
b) Principio de proporcionalidad y de razonabilidad.....	74
c) Principio de eficiencia.....	75
d) Principio de publicidad y difusión. Transparencia.....	75
e) Principio de responsabilidad.....	77
f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.....	77
2. Sobre los procedimientos de contratación. Distintas clases de procedimientos.....	78
a) El procedimiento de contratación y el crédito legal previo.....	78
b) Distintas clases de procedimientos.....	80
1) La contratación directa.....	81
2) La licitación pública.....	86
3) La licitación privada.....	88
4) El concurso público.....	89
5) Concurso privado.....	90
6) Concurso de proyectos integrales.....	91
7) Subasta pública.....	92
8) Venta de acciones en bolsas y mercados.....	93
9) Suministro o relevamiento de precios.....	93
3. Etapas de formación de la voluntad administrativa en la licitación pública (u otras formas similares).....	94
a) El pliego de bases y condiciones. Su peculiar naturaleza jurídica. Modificabilidad.....	94
b) El llamado a licitación.....	98
c) La presentación de ofertas. Situación jurídica del oferente.....	100
1) Mantenimiento de las ofertas: garantía.....	103
2) Inmodificabilidad de las ofertas: su carácter relativo.....	104
3) Variantes u ofertas alternativas.....	105
d) Adjudicación. La oferta más conveniente como concepto jurídico indeterminado.....	105
1) La preadjudicación.....	108
4. El fracaso y extinción de la licitación pública. Licitación desierta. Ofertas inadmisibles o inconvenientes.....	109
5. Perfeccionamiento del contrato administrativo.....	111

CAPÍTULO IV

LOS EFECTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SUS ELEMENTOS Y EL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

1. La cuestión de los efectos de los contratos administrativos.....	113
2. Elementos y vicios del contrato administrativo.....	115
3. La mutabilidad del contrato administrativo. El principio de la flexibilidad.....	118

4. Los poderes de dirección y control	121
5. La prerrogativa de ejecución directa	122
6. La invocación de la excepción <i>non adimpleti contractus</i> por parte del contratista	124
7. El principio general de la buena fe en la ejecución del contrato administrativo y la doctrina del acto propio	126
8. La compensación de los desequilibrios en la ejecución de los contratos administrativos	127
9. Continuación. El mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo: su fundamento común	129
10. Aplicación de las reglas propias de la justicia conmutativa	132
11. Peculiaridades de las principales técnicas que garantizan el equilibrio financiero del contrato	134
a) La compensación por el ejercicio de la <i>potestas variandi</i>	134
b) El hecho del príncipe (<i>factum principis</i>)	135
c) La teoría de la imprevisión	137
d) La revisión de precios <i>ex lege</i>	140
12. Las sanciones administrativas en el ámbito contractual	142

CAPÍTULO V

LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Consideraciones acerca de las prerrogativas estatales en materia de extinción y la figura del contrato administrativo	147
2. Diferentes supuestos de extinción contractual	149
3. El cumplimiento del contrato	150
a) Vencimiento del plazo	150
b) El cumplimiento del contrato	152
4. Resolución del contrato por causas voluntariamente pactadas: aplicación analógica del Código Civil	152
5. Lo atinente a la extinción del contrato administrativo por causas <i>ex lege</i> o reglamentarias	153
6. Extinción por razones de interés público: revocación y rescate	154
a) Revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia ...	154
b) El rescate	160
7. Resolución o rescisión del contrato por causas no imputables al contratista	163
8. La renuncia como causal extintiva del contrato administrativo de atribución	165
9. Resolución por incumplimiento: la caducidad y la llamada rescisión unilateral del contrato administrativo	166
a) La declaración de caducidad del contrato administrativo	166
b) La llamada rescisión unilateral	167

10. La declaración de invalidez del contrato administrativo (revocación por ilegitimidad y anulación) y sus efectos 169

CAPÍTULO VI

CUESTIONES INHERENTES A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO PÚBLICO

I. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado	171
1. El servicio público en el proceso de transformación del Estado.....	171
2. Ideología del servicio público. El principio de subsidiariedad.....	176
3. Hacia una nueva concepción del servicio público.....	179
4. El requisito de la <i>publicatio</i>	181
5. Tendencias y principios de interpretación.....	186
6. Exclusión de ayudas a las empresas públicas prestatarias de servicios públicos en el derecho comunitario europeo: el final de una época.....	188
7. La evolución de la concepción del servicio público en la experiencia argentina. Recapitulación sobre la concepción actual	189
II. El servicio público y las técnicas concesionales	194
1. La concesión de servicios públicos a la luz del marco constitucional. Principios de la Constitución de 1853/1860	194
a) La interpretación doctrinaria y jurisprudencial	196
2. El proceso de reforma del Estado y la regulación económica	200
a) Desregulación y desmonopolización	202
b) Sentido de la regulación económica	203
3. Concesión y licencia.....	204
4. El régimen contractual y los caracteres jurídicos del servicio público.....	206
a) El principio de la continuidad del servicio público. Las huelgas en los servicios esenciales.....	207
b) La regularidad del servicio público	213
c) El principio de la igualdad	214
d) La obligatoriedad	215
5. Las pautas fundamentales que rigen la aplicación e interpretación de las concesiones y licencias	216
6. Naturaleza de las relaciones jurídicas entre los usuarios y las entidades prestatarias del servicio	218
7. La admisión de los particulares al servicio público.....	219
8. Retribución de los servicios públicos.....	220
9. Fijación de las tarifas: naturaleza jurídica del acto.....	221
10. Los principios de proporcionalidad e irretroactividad de las tarifas.....	222
a) La proporcionalidad tarifaria	222
b) La irretroactividad de las tarifas	224

CAPÍTULO VII

LA EMERGENCIA Y SU INCIDENCIA EN LOS CONTRATOS QUE TIENEN POR OBJETO LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. La emergencia que no cesa	227
2. La migración de capitales y la permanente emergencia.....	228
3. La protección constitucional de los derechos de propiedad	231
4. El estado de necesidad como fundamento de la emergencia y la doctrina de la “ética de mínima”	234
5. El problema de los límites constitucionales de la emergencia. Los reglamentos de necesidad y urgencia	235
6. La renegociación de los contratos públicos	241
7. El sistema de la ley 25.561	244
8. La prohibición de indexación	245
9. Una expropiación encubierta	248
10. La ley 25.790 y la cuestión de los límites a la renegociación.....	249

CAPÍTULO VIII

LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. Perspectiva constitucional	255
2. La legislación como fuente del derecho de participación pública.....	260
3. El fundamento de la idea participativa. Ventajas y desventajas.....	261
4. Hacia una tipología.....	263
5. La participación ciudadana y los servicios públicos. El decreto 1172/2003	264
a) Las distintas técnicas de participación	265
b) Quiénes participan	273
c) Acerca de los usuarios	275
6. La participación en la renegociación de la ley 25.561. El dec. 311/2003	277

CAPÍTULO IX

FACULTADES REGLAMENTARIAS DEL ENTE REGULADOR. CONTROL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. El denominado “ente regulador” y sus facultades de regulación y control	279
2. Regulación de los servicios públicos: la delegación legislativa al ente	280
a) La delegación legislativa antes y después de la reforma de 1994.	280
b) La delegación legislativa a los entes reguladores	284
3. Controles no judiciales	287
a) Control que ejercen los entes reguladores	288
b) Otros controles no judiciales.....	289

4. Controles judiciales de los servicios públicos	295
a) La liquidación de daños y perjuicios por el ente regulador	297
b) Arbitraje.....	299

CAPÍTULO X

IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE LOS ACTOS RELATIVOS A LA CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

1. El ámbito de los actos administrativos contractuales y su impugnación. El principio de tutela administrativa y judicial efectiva	303
2. La impugnación en sede judicial de los actos relativos a la etapa de selección del contratista: teoría de la incorporación y del acto separable	308
3. La teoría de los actos contractualmente coligados	310
4. La nulidad del acto separable: efectos	311
5. El plazo de caducidad del art. 25 de la LNPA: su finalidad e interpretación. Objeciones a una interpretación rigurosa que vede el acceso a la jurisdicción	314
a) Finalidad que persiguen los plazos de caducidad	314
b) Necesidad de una interpretación que armonice con el principio de legitimidad y con el derecho a la tutela judicial efectiva	317
c) Objeciones a la constitucionalidad de una interpretación rigurosa sobre los plazos de caducidad	320
6. La acción contencioso-administrativa en el sistema de la LNPA y en la jurisprudencia federal.....	321
a) La acción impugnatoria	322
b) La cuestión del acto administrativo consentido frente a la presencia de vicios de orden público (nulidad absoluta)	323
c) La defensa de ilegitimidad. Renunciabilidad e interdicción de la aplicación de oficio de los plazos de caducidad	324
7. La acción ordinaria contencioso-administrativa	326
8. El art. 25 de la LNPA y los actos relativos a la celebración, ejecución, modificación y extinción de los actos administrativos	328
a) Alcance del art. 7° <i>in fine</i> , LNPA.....	328
b) Los actos administrativos dictados en el transcurso de los procesos licitatorios	331
c) Doctrina de la Corte en materia de actos vinculados a la celebración, ejecución y modificación de los contratos administrativos. El contrato administrativo como una operación compleja	331
d) Impugnación judicial de los actos de rescisión o extinción contractual	333
e) La concepción de la Corte en materia de acciones que tienen por objeto pretensiones indemnizatorias derivadas de contratos administrativos. Otros supuestos en que no se aplica el plazo de caducidad	334

SECCIÓN II

**LA POLÉMICA EN TORNO DE LA FIGURA
DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

CAPÍTULO I

EL RECHAZO DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

I. Introducción.....	341
1. Consideraciones liminares sobre la doctrina que se propone.....	341
2. La prescindencia de una construcción dogmática	345
3. Axiomas del sistema administrativo que se contraponen a la formulación de la postura	346
II. Alcance de la tesis a la luz de la crítica que atribuye peligrosidad a la concepción del contrato administrativo	349
1. Sobre las cláusulas exorbitantes implícitas.....	352
2. La aplicación del principio <i>pacta sunt servanda</i> y la mutabilidad del contrato administrativo.....	354
3. La oponibilidad o inoponibilidad de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	358
III. La subsistencia de la figura del contrato administrativo	360
IV. La especialidad del régimen del contrato administrativo demuestra la utilidad de la figura en el derecho público argentino y comparado.....	365
1. Los efectos respecto de terceros	366
2. El equilibrio financiero del contrato.....	367
3. El contratista como “colaborador” de la Administración	370
4. La existencia del fuero contencioso-administrativo	371
V. Los contratos de la Administración en el derecho comparado.....	373
VI. Conclusiones	380

CAPÍTULO II

**LA DELIMITACIÓN DE LA CATEGORÍA DEL CONTRATO
ADMINISTRATIVO**

1. Consideraciones liminares	387
2. La vehemencia de la crítica	389
3. El fondo de la discrepancia	392
4. La crítica de una teoría no es reemplazable por proposiciones meramente descriptivas.....	393

5. Sobre el carácter del derecho administrativo francés: una sabia combinación entre empirismo y dogmatismo	398
6. La tesis contraviene la fórmula de integración directa prescripta en el art. 7° <i>in fine</i> de la LNPA	403
7. La crítica a nuestra tesis y la categoría del contrato administrativo en el derecho argentino	404
7.1. La delimitación de la figura del contrato administrativo	405
7.2. La inexistencia de cláusulas exorbitantes implícitas en la noción y en el régimen jurídico del contrato administrativo	408
7.3. La mutabilidad y el equilibrio financiero del contrato administrativo. Otras cuestiones	411
8. Reflexiones finales	414

CAPÍTULO III

DE NUEVO SOBRE LA CATEGORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ARGENTINO

1. Algunas disquisiciones liminares sobre el debate desatado en torno de la figura del contrato administrativo	419
2. La configuración de una teoría sobre el contrato administrativo. El carácter prescriptivo de la teoría	425
3. El contrato administrativo como una categoría jurídica distinta de la del contrato privado. Estado actual del debate en la Argentina	427
4. Sobre la extensión del sistema y los principios del derecho público a los contratos que celebra el gobierno en los Estados Unidos e Inglaterra. La evolución en el derecho comunitario europeo	432
4.1. La cuestión en los derechos norteamericano e inglés	432
4.2. La figura del contrato administrativo en el derecho comunitario europeo	435
5. El desplazamiento del eje de la controversia como consecuencia de unir artificialmente las doctrinas adversas	437
6. Algo más sobre los principales puntos controvertidos en el debate planteado alrededor de la categoría del contrato administrativo	441
6.1. La interpretación de los poderes implícitos en el derecho contractual norteamericano: el caso "Christian"	441
6.2. La terminación del contrato por razones de oportunidad y la modificación unilateral de los contratos administrativos en el derecho norteamericano	442
6.2.1. La extinción del contrato administrativo por razones de interés público	442
6.2.2. La modificación del contrato administrativo	444
6.2.3. La extinción del contrato administrativo por incumplimiento a la luz de lo resuelto por la Corte en el caso "Tecsa"	448

6.2.4. La aplicación de la LNPA a los contratos administrativos.	450
6.2.4.1. El texto anterior. Las interpretaciones formuladas	451
6.2.4.2. Interpretación bajo el texto actual	453
6.2.5. Los vaticinios y la seguridad jurídica. La falta de construcción de la figura del contrato administrativo	457
7. Síntesis final	460

APÉNDICE LEGISLATIVO

Decreto 1023/2001. Régimen de contrataciones de la Administración nacional	465
Decreto-ley 23.354/1956. Ley de Contabilidad	488
Ley 13.064. Ley de Obras Públicas	496
Ley 24.156. Ley de administración financiera y control	511
Ley 25.561. Ley de Emergencia Económica	555

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Corte Suprema de Justicia de la Nación	567
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal	573
Tribunales provinciales	574
Otros tribunales nacionales	574
Tribunales extranjeros	574
Bibliografía	577