

LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *Un nuevo modelo de Estado*

Es sabido que, tanto en América como en Europa, el Estado de Derecho decimonónico, basado en las ideas del liberalismo político y económico, fue parcialmente solapado por otro modelo que puso el acento en lo social a través de una Administración de carácter prestacional y el reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación, produciendo un cambio profundo en el modelo del clásico Estado liberal.

Mientras ese modelo de Estado Social de Derecho (basado en la concepción de HELLER) acentuó el papel del Estado en la configuración y protección de los derechos sociales y en las prestaciones debidas a los ciudadanos, ha surgido en estos últimos años un nuevo modelo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los fines que perseguía el arquetipo anterior, se repliega del plano de la gestión de aquellos derechos, concentrándose en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya gestión se adjudica de modo preferente a los sectores privados, lo que traduce una manifiesta aplicación del principio de subsidiariedad.

Así, de un modo escasamente percibido por el propio constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los protagonistas del derecho público, potenciándose el rol de la sociedad que, de mera espectadora de la realidad, pasa a cumplir funciones relevantes, en colaboración estrecha con la Administración Pública.

Este proceso que, a pesar de las crisis económicas viene llevándose a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental, responde a varias causas. Por de pronto, no implica el abandono de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de Derecho liberal (principalmente del principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades fundamentales) ni tampoco de los derechos y principios proclamados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las Constituciones sancionadas tras la segunda guerra mundial.

En el escenario antes descrito aparece la concepción del Estado Regulador y Garante¹, cuya construcción obedece a una serie de razones que van desde las conocidas ineficiencias del sector público, los altos costos que genera el sistema prestacional a cargo del Estado y su política redistributiva, como consecuencia del crecimiento demográfico, hasta el surgimiento generalizado del proceso de globalización de la economía.

Ese conjunto de factores condujo a de una fuerte competencia entre los actores económicos de los distintos países generando un mayor protagonismo de los sectores privados de la sociedad, que llevó a las respectivas Administraciones Públicas a suprimir de cuajo las trabas burocráticas que afectaban el libre comercio e industria y la iniciativa privada.

Debido a la retirada del Estado gestor se consolidó el dualismo Sociedad-Estado que, según MESSNER² constituye uno de los principios jurídico-sociales de máxima relevancia en la medida que potencia los derechos preexistentes derivados del orden natural (sobre todo la propiedad y las libertades), ampliando el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad³.

Resulta paradójal que el nuevo Estado Regulador y Garante, lejos de abandonar su función social, procure alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos, mediante la colaboración privada. Con todo, no es un repliegue absoluto pues se trata de una retirada instrumental⁴ ya que el Estado garantiza las prestaciones y servicios sociales mediante la función de control y vigilancia sobre los operadores privados a los que se les han transferido funciones públicas.

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común⁵ que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de nuestros países que han basado sus esquemas regulatorios y garantísticos en el principio de subsidiariedad. Hasta en el campo de la literatura se advirtió, la

1 Véase: ESTEVE PARDO, José, *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015, p. 16 y ss.

2 MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, RIALP, TRAD. del alemán, ps. 346-347.

3 Vid RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Estudios sobre la Constitución*, ed. La Ley, Madrid, 2002, ps. 295-297.

4 ESTEVE PARDO, José, *Estado Garante...*, cit., p. 3 y ss.

5 La conexión entre el bien y el principio de subsidiariedad es por demás evidente en la concepción tomista, véase nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 25 y ss. También la doctrina reciente ha advertido su influencia en la concepción del Estado Regulador y Garante, véase: ESTEVE PARDO, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 172-175.

necesidad del “*desarme del Estado*”, pues la prioridad no es la exaltación de este sino la integración de las diferencias y el equilibrio de las relaciones sociales mediante el fortalecimiento de la sociedad⁶.

La principal dificultad que debe superar la concepción del Estado Regulador y Garante se encuentra en el carácter fragmentario y pluricéntrico de la sociedad actual que refleja el desorden generado por las ideologías que han pretendido suplantar la realidad por meras conjeturas dogmáticas. Al propio tiempo, se ha producido la aparición de líderes populistas que basan su acción en el conocido esquema schmittiano fundado en la oposición que resulta del axioma amigo-enemigo.

En un sentido opuesto transita el nuevo modelo de Estado que se apoya en la concepción del bien común tomista en cuanto proporciona el fundamento real del nuevo modelo estatal y de las transformaciones que han ocurrido en el seno de la sociedad y del Estado, reflejo de las que han acontecido en el campo del derecho.

Estas transformaciones han producido no solo un cambio radical en el sistema de las fuentes del derecho a raíz de la caída del dogma de la centralidad y primacía de la ley y la consecuente prevalencia de los principios generales sino que también ha potenciado el papel del juez en la interpretación del derecho. De esa manera, el juez ha dejado de ser un mero aplicador de normas positivas mediante la técnica de la subsunción para pasar a ser un protagonista creativo que fundamenta sus decisiones en la justicia del caso y en los principios generales del derecho, mediante el método que desarrolla la teoría de la argumentación jurídica⁷, la cual ha tenido recepción principalmente en las jurisprudencias española y alemana.

2. El quid de la función reguladora y garantística del Estado

6 CFR. SALAS, Denis, CAMUS Albert, *La rebelión justa*, trad. del francés, publicación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016, ps. 98-99.

7 Sobre estas cuestiones nos remitimos a nuestros trabajos: *Los grandes principios del Derecho Público*, ed. Temis, Bogotá, 2018, p. 12 y ss., y en *El método de la tópic y los principios generales en el derecho público*, La Ley, diario del 14/08/2017, (Tomo 2017-0), p. 2 y ss., y *La proyección del nuevo constitucionalismo al derecho administrativo*, en la obra *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado Autnómico* (Libro homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor), Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2017.

Existen varias definiciones en torno al concepto de regulación e, incluso, se ha llegado a suponer que equivale a la función de garantía que pesa sobre el Estado para satisfacer las necesidades colectivas de la población.

Pero, en rigor, son funciones diferentes que aparecen unidas en la praxis del Estado Regulador y Garante. En coincidencia con MUÑOZ MACHADO, si bien con anterioridad ubicamos esta función dentro de la actividad interventora, pensamos que sus características actuales conducen a la superación de las clasificaciones clásicas (una de las cuales se basaba en la diferencia entre actividades de intervención y la de prestación) y que hoy en día habría que acomodar esos conceptos a la nueva realidad que ha modificado las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Esta nueva realidad nos lleva a coincidir en que el quid de la regulación, conforme a la definición propuesta por Philip SELZNICK, desde el campo de la sociología del derecho, consiste en *“un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social”*⁸.

La regulación se lleva a cabo a través de diferentes formas que traducen la atribución de poderes o facultades. Desde la ley, el reglamento, el acto y el contrato administrativo hasta las instrucciones y órdenes reguladoras por parte de entidades estatales y aun privadas (la autorregulación) ese conjunto de normas generales y decisiones individuales constituye un universo jurídico que absorbe el contenido de la mayoría de las instituciones del derecho administrativo.

Este proceso que se produce como consecuencia de la inserción del mayor protagonismo de la Sociedad en el Estado exige reconsiderar la reformulación de las instituciones tradicionales del Derecho Administrativo para adaptarlas al nuevo esquema relacional en el que suelen enfrentarse diferentes concepciones sobre el derecho, como ocurre, en los países europeos, más que en Iberoamérica en la que reina una mayor unidad doctrinaria e institucional.

Se trata, de una actividad continua, típica de la función administrativa de ordenación y vigilancia de determinadas actividades privadas por razones de interés público, que no excluye el control de la autorregulación. De esa manera, se admiten una serie de actividades privadas que, habiendo sido con anterioridad reguladas por el Estado,

⁸MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T° XIV, Boletín Oficial del Estado, 4ª ed., Madrid, 2015, p. 28.

escapan su dirección porque han pasado a autorregularse, sin que ello implique que el Estado abdique de su potestad reguladora.

En la búsqueda de las causas que determinan la necesidad de las regulaciones han surgido diversas teorías y posturas que la doctrina ha sistematizado, sobre la base de la realidad europea⁹.

En tal sentido, cabe preguntarse ¿Cuándo el Estado debe acometer la regulación de un sector o actividad económica o social o se permite a los particulares autorregularse para fijar sus propias reglas -por ejemplo- en punto en calidad y competitividad? Al respecto, MUÑOZ MACHADO desbroza, mediante el enlace con el pensamiento de los economistas, las siguientes situaciones:

a. Una primera, sobre la que hay consenso entre las distintas concepciones económicas e ideológicas, se rige por el clásico esquema del derecho administrativo, con ligeras adaptaciones al nuevo modelo de Estado. Ellas “*suponen el ejercicio de la autoridad e implican la reserva de poderes coactivos*”¹⁰ hallándose fuera del comercio del derecho privado. Se trata de las funciones básicas y esenciales del Estado como la justicia, la hacienda pública, la defensa, la policía de seguridad y la realización de grandes infraestructuras públicas que benefician a toda la colectividad. Entre los economistas estas actividades se denominan bienes públicos y funciones públicas y no solo son financiadas por el presupuesto del Estado, sino que, éste tiene a su cargo la organización de dichas actividades. Aquí no hay duda que corresponde aplicar todo el bagaje de normas y principios del derecho administrativo, aunque en punto a la gestión de dichos servicios se admita que, excepcionalmente, sean prestados por particulares a través de la figura de la concesión u otras (vgr. el servicio penitenciario).

b. Al margen de las funciones básicas del Estado se encuentran los servicios de carácter económico que satisfacen las necesidades colectivas de la población que, en Iberoamérica, a diferencia de la Unión Europea y de los EE.UU., siguen en sus lineamientos generales y principios, la concepción francesa del servicio público. En Europa, si bien se acepta que los servicios públicos que se prestan en razón de la demanda (energía, comunicaciones y transporte) ellos puedan ser de titularidad

9 *Ibidem* 28 y ss.

10 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado...*, cit., ps. 28-29.

privada también es posible que, para mantener la cohesión social y la calidad de vida de los habitantes, se admita la financiación estatal.

En Iberoamérica, algunos hemos pensado que en el caso de los servicios públicos tradicionales la titularidad del Estado no implica la propiedad o dominio del servicio público¹¹ sino el poder de regularlo con mayor intensidad. En general, se han simplificado las clasificaciones (a diferencia de Europa), quedando dos formas básicas: los servicios públicos y las actividades de interés público, siendo objeto los primeros de una regulación más intensa.

c. Otra de las situaciones en las que se impone la regulación es la de los monopolios naturales, cuyas infraestructuras sería antieconómico duplicar en razón de que, entre otras cosas, dificultan el control estatal y resultan física o económicamente inviables, particularmente en los servicios de redes. En general, en estos sectores (vgr. la distribución de agua potable) conviven la gestión estatal con la mixta o privada.

d. La regulación también aparece justificada en el plano de la economía por la teoría de la competencia imperfecta que procura promover la competencia y corregir las fallas del mercado. Con todo, hay escuelas económicas como la de Chicago o la Austríaca, que, por principio, suponen que el mejor regulador es el mercado. Lo cierto es que, en el campo de la realidad, se han creado en casi todos los Estados americanos, organismos o agencias con la misión de proteger la libre competencia y de evitar los abusos de las posiciones dominantes en el mercado.

Aparte de las causas señaladas precedentemente existen otras que también vienen a justificar la regulación como 1) la necesidad de controlar beneficios inesperados (el caso de los países que cuentan con grandes reservas de petróleo y gas); 2) las correcciones de los precios debido a aumentos de los costos imprevistos como pueden ser las “*externalidades*” ambientales que se imponen a la fabricación; 3) la conveniencia de ordenar la información y garantías frente a productos defectuosos y 4) la necesidad de regular la excesiva competencia en los mercados (vgr. en el transporte aéreo)¹²

11 PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 176. etín Oficial del Estado, 4ª ed., Madrid, 2015, p. 28.

12 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado...*, ps. 32-33.

En lo que concierne a la función de garantía del Estado, ésta ha sido considerada como equivalente a la regulación¹³. En rigor, la función garantística viene a ser una especie de un género de mayor amplitud que es la regulación, dado que ésta última no solo persigue garantizar y asegurar las prestaciones y actividades públicas y privadas que satisfacen las necesidades de la población, sino que también procura promover la competencia y las libertades de mercado, impidiendo las prácticas abusivas y controlando los monopolios materiales, entre otras funciones¹⁴.

Por lo tanto, la función garantística, aun cuando que sea cumplida por agentes privados a través de la autorregulación, es parte de la función reguladora, constituyendo ésta un “*supra concepto*” susceptible de albergar la mayor parte de las funciones estatales, incluso la resolución, en primera instancia, de los conflictos de naturaleza jurisdiccional, en el campo de los servicios públicos. El alcance de la regulación es por sí mismo muy amplio al comprender tanto la actividad de promoción como la de garantizar que los operadores del mercado no desvirtúen la libre competencia o no ejerzan sus poderes monopólicos (en el caso de los monopolios naturales) de un modo abusivo, en perjuicio de los usuarios o clientes.

Estos fines del que persigue el Estado Regulador y Garante vienen a potenciar la aplicación en la práctica del principio de subsidiariedad en las relaciones entre la sociedad y el Estado, que constituye el eje sobre el que gira la concepción del bien común como causa final de Estado en este último.

3. *La equivalencia entre el Estado Subsidiario y el Estado Regulador y Garante*

Como se ha señalado, el quiebre del Estado prestacional y el mayor protagonismo consecuente de la sociedad en las actividades de relevante interés público que venían siendo gestionadas por órganos y entes estatales, ha originado un nuevo modelo de Estado (denominado Regulador y Garante) cuyos fines y objeto resultan equivalentes a los que, desde la década del noventa del siglo XX, cumple el denominado Estado Subsidiario.

13 MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 53

14 Vid: ESTEVE PARDO, José, *La nueva relación...*, cit., p. 109 y ss., una de las exposiciones más completas sobre el tema.

En efecto, reiterando lo que dijimos hace algún tiempo¹⁵, el Estado Subsidiario constituye una organización binaria que se integra con una unidad de superior jerarquía que ejerce funciones intransferibles (justicia, defensa, relaciones exteriores, legislación básica, seguridad, hacienda) pertenecientes al Estado como comunidad superior que ejerce esas funciones directivas y que, al propio tiempo, completa su accionar con la colaboración de una serie de instituciones públicas y privadas que concurren a la satisfacción de las necesidades colectivas (vgr. educación, previsión social, salud, servicios públicos). Lo trascendente de este modelo es que la intervención del Estado en el campo económico-social es, en principio, supletoria, por aplicación del principio de subsidiariedad, que está en la base de la concepción tomista del bien común, cuyo retorno ha sido destacado por parte de la doctrina¹⁶.

Este principio -en su faz pasiva- veda al Estado la realización de todo aquello que los particulares puedan hacer por su propia iniciativa y, al propio tiempo, obsta a que el Estado absorba las funciones que puedan llevar a cabo las entidades públicas de menor jerarquía (ej. Provincias) o los llamados cuerpos intermedios de la sociedad que llevan a cabo funciones públicas (vgr. Colegios profesionales). A la vez, en su faz activa, ese principio obliga al Estado a desarrollar aquellas actividades de interés público ante la insuficiencia de los particulares o entidades intermedias. Uno de los ámbitos donde se plasma la actividad supletoria de la Administración es el de la denominada Administración inclusiva, cuyas aporías han sido recientemente destacadas con realismo y justeza¹⁷.

4. Principales características y proyecciones jurídicas del Estado Regulador y Garante

15 Cabe citar, entre otros trabajos doctrinarios nuestro *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 62 y ss., y ediciones anteriores.

16 Véase: FELDER, CH., *La economía del bien común*, ed. Deusto, Madrid, 2012 y KEYS M.M. Aquines, *Aristotle, and the Promise of the Common Good*, Cambridge University Press, 2006, mencionados por ESTEVE PARDO, José en *Estado Garante...* cit., p. 172.

17 Conferencia inaugural de Miguel HERRERO DE MIÑÓN, titulada *Las aporías de la Administración inclusiva*. en las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, organizadas por la Universidad de A Coruña, llevadas a cabo en Pazo de Mariñán entre los días 8 al 12 de abril de 2019, (en prensa).

Lejos estamos de hacer aquí un estudio completo y exhaustivo sobre el fenómeno de la regulación pero, al menos, expondremos sus principales características y proyecciones jurídicas.

Lo primero que se observa es la transferencia de la gestión de cometidos públicos a los particulares en una proyección nunca vista en los siglos anteriores ya que, en algunos casos, hasta se ha operado la transferencia de la titularidad y dominio del servicio. Al contrario de lo que algunos han supuesto, ello no debería provocar un debilitamiento de las funciones del Estado ni una completa absorción de esas actividades por el derecho privado porque si bien se tiende a que el Estado adelgace su planta de personal, está forzado a intervenir y regular esas actividades de interés público en su condición de principal responsable y orientador del bien común.

De esa manera, el mayor protagonismo de la sociedad conduce a la adopción de nuevas técnicas (aunque muchas de ellas estuvieron vigentes en otros períodos de la historia del derecho público) entre las que destacan la autorregulación (también sujeta al control regulatorio) junto al surgimiento del contrato como fuente de la regulación de determinados sectores de la industria o comercio. Tal es lo acontecido en nuestro país con el acuerdo plurilateral sobre la explotación del yacimiento de Vaca Muerta situado en la Provincia de Neuquén, en el que las empresas, el sector sindical y los gobiernos nacional y provincial, acordaron condiciones más flexibles que las que imponían las regulaciones existentes, sobre todo en materia laboral.

Al propio tiempo, la regulación en competencia supera el antiguo modelo de la regulación de monopolios y procura reconstruir los mercados para favorecer la competitividad y la calidad de las prestaciones destacándose la función de controlar los precios en las relaciones y transferencias entre los sectores privados que actúan en regímenes de interconexión de servicios en red. La segmentación o fragmentación de los mercados y los mecanismos de rendición de cuentas que establecen las diferentes regulaciones están en línea con el objetivo de promover una competencia más libre, sin prácticas abusivas y poderes dominantes.

A estas técnicas se adiciona la tendencia a sustituir el clásico régimen de las autorizaciones administrativas por meras comunicaciones sujetas al control de los entes reguladores, la mejora en los sistemas de acceso a la información pública, la protección

y control de datos y el establecimiento de mecanismos que estimulan la participación pública previa a las decisiones que adoptan los reguladores.

En este aspecto, el procedimiento de audiencias públicas -proveniente del derecho norteamericano- como único y exclusivo sistema de participación de los usuarios en forma previa a la adopción de las decisiones de los entes reguladores suele prestarse -al menos en nuestro país- para fines estrictamente políticos o de hegemonía de los sindicatos, trastocando la finalidad del propio sistema que necesita conocer la opinión de los usuarios de los respectivos servicios. Por esta causa, pese a que, en Argentina, sectores doctrinarios y jurisprudenciales han considerado que la audiencia pública constituye un requisito constitucional (haciéndole decir a la Constitución algo que no prescribe) es de esperar que la evolución futura del sistema permita reemplazar esa exigencia por otras de mayor eficacia y menores riesgos de politización, como son las consultas o encuestas diseñadas por los reguladores.

A su turno, el tema de la revisión judicial de las decisiones de los entes reguladores resulta una exigencia obligatoria en aquellos sistemas como el argentino o el español¹⁸, denominados judicialistas puros, en los que no cabe admitir que las decisiones de los reguladores no sean susceptibles de ser revisadas por la justicia, superando incluso los límites a la revisión judicial que imponía la doctrina del “*ultra vires*”¹⁹, que circunscribe la revisión al exceso o no de la competencia o poderes expresamente regulados por el ordenamiento.

Desde luego que ello demanda, en virtud de la necesidad de garantizar los derechos de los particulares, que esas funciones jurisdiccionales limitadas que ejerzan los reguladores sean adjudicadas a órganos dotados de una especial idoneidad que, además, deben gozar de garantías de independencia e imparcialidad²⁰.

Al concluir este resumido panorama sobre el nuevo modelo del denominado Estado Subsidiario (Regulador y Garante) cabe reiterar que el mismo no implica abdicar de los principios que nutren al Estado de Derecho ni tampoco de los fines que perseguía el Estado prestacional. Se trata de un cambio instrumental acerca del papel del Estado y de la Sociedad en la regulación de los intereses generales que hacen al bien común.

18 MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado...*, cit., ps. 261.

19 ESTEVE PARDO, José en *La nueva relación...* cit., p. 150 y ss.

20 PERRINO, Pablo Esteban, *Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 406, p. 75 y ss.

Por otra parte, como la realidad siempre termina por suplantar a las conjeturas de los juristas e ideólogos, el nuevo modelo, antes que provocar una declinación del derecho público, ha producido y continúa produciendo una extensión objetiva²¹ y subjetiva²² del derecho público a los particulares de considerable magnitud, lo que conduce a reformular muchas de las concepciones tradicionales del derecho administrativo para adaptarlas a esa realidad.

En ese sentido, el nuevo modelo de Estado Regulador y Garante, encaja en lo que se ha llamado el nuevo constitucionalismo o neo-constitucionalismo, que representa un sistema de superior jerarquía, al que debe también adaptarse.

En esa línea garantística, la supremacía que han adquirido los principios generales del derecho sobre las normas positivas no puede soslayarse habida cuenta que resultan mandatos vinculantes cuya observancia obligatoria abarca a todos los protagonistas de la regulación económica. Es una batalla contra el positivismo legalista²³ que, aunque parece darse solo en el campo de la filosofía del derecho, se reproduce con real intensidad en el ámbito de la actividad regulatoria de la Administración.

5. *Dificultades que exhibe la teoría del contrato administrativo y las tendencias actuales*

Como decía el maestro LAUBADÈRE, a propósito de la mutabilidad que caracteriza al contrato administrativo, éste aparece “*como un sistema en cierto sentido vivo*”²⁴ algo que, en buena medida, refleja las contradicciones internas que anidan en una construcción jurídica plagada de dificultades interpretativas.

Esas contradicciones representan el influjo de los cambios que se operan en la realidad jurídica y social que van desde la aporía que plantea el reconocimiento del “*ius variandi*”, de cara a los principios “*lex inter partes*” y “*pacta sunt servanda*” (pilares de la seguridad jurídica), hasta las modulaciones singulares instituidas en resguardo de los principios de competencia, no discriminación y transparencia, particularmente

21 ESTEVE PARDO, José, *La nueva relación...*, p. 150 y ss.

22 *Ibidem*, p. 156 y ss.

23 Tema que abordamos en nuestro libro *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, ed. Reus, Madrid, 2016, p. 52 y ss.

24 LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS*, T° II, LGDJ, PARIS 1956, p. 25.

ESTABLECIDAS EN EL derecho comunitario europeo (por ejemplo, en los procedimientos de selección de los contratistas).

En ese derecho, la regulación de los contratos que celebran las Administraciones Públicas y los llamados “*poderes adjudicadores*” de los distintos países de la Unión Europea, aunque no prescriben expresamente que se trata de normas y principios de derecho público (lo que no se podría hacer dada la diferente conformación y estructura de los sistemas de los países miembros) imponen una serie de reglas vinculantes, que conforman una suerte de orden público comunitario cerrado y fundado en el principio de la competencia, que ningún ordenamiento nacional puede eludir (por los principios de primacía y de eficacia directa propios del derecho comunitario).

Pero en todos estos casos, a diferencia de algunos Estados de Hispanoamérica, el ejercicio de las prerrogativas de poder público se encuentra compensado por los principios del mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato²⁵ y de justa indemnización, reconociéndose la indemnización integral de los perjuicios irrogados al contratista (daño emergente y lucro cesante), cuando el contrato se modifica o se extingue por razones de interés público, para respetar el trascendente principio de la igualdad ante las cargas públicas.

A su turno, la polémica acerca de la figura del contrato administrativo, desatada en plena crisis del proceso de privatizaciones y desregulación de Argentina²⁶, tuvo al menos la virtud de que los principales contendientes de un sector de la doctrina nos pusiéramos de acuerdo en un punto central de la teoría del contrato, negando la posibilidad jurídica de que reconociese la existencia de potestades o prerrogativas, o las denominadas cláusulas exorbitantes, en forma implícita, tanto “*ex contractu*” como “*ex lege*”, aspecto del que nos ocuparemos seguidamente²⁷.

25 Se trata de un principio capital de la teoría del contrato; sobre su configuración y desarrollo nos remitimos al lúcido trabajo de Ana patricia GUGLIEMINETTI, en REDA N° 107, Buenos Aires, 2016, p. 916 y ss.

26 Véase: MAIRAL, Héctor A., principalmente en sus trabajos: *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED. 179-655 y El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo, ED 180-849 y los que publicamos en sendas réplicas: Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo, ED 180-773 y La delimitación de la categoría del contrato administrativo (réplica a un ensayo crítico), ED 181-942.

27 Aun cuando cabe advertir que el principio de la competencia puede basarse en poderes implícitos (los que surgen de un texto expreso) como poderes inherentes que se desprenden de los fines que el ordenamiento le atribuye en forma expresa a los órganos y entes públicos. No obstante, como lo hemos explicado, ambos supuestos no proceden en los actos de gravamen o desfavorables; al respecto, nos remitimos a nuestro *Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, La Ley, 2012, p. 159.

En ese contexto, las nuevas regulaciones de los Contratos de participación Pública Privada (PPP) que prescriben los sistemas latinoamericanos (la más reciente es la ley argentina), nos coloca en un camino similar al que han emprendido los países que han estimulado y promovido la colaboración de los particulares en obras y servicios de interés público para las comunidades estatales, superando viejos dogmas y verdaderos mitos jurídicos. En realidad, el nuevo régimen contractual viene a funcionar como una alternativa a los ordenamientos que rigen los tradicionales contratos de obra pública y de otros contratos administrativos típicos, lo cual permite dar estabilidad a esta clase de contratos y/o similares con cláusulas que brindan mayor seguridad jurídica a las inversiones privadas, promoviendo la competencia entre las diferentes empresas que puedan contratar con la Administración.

Otra aporía que debe destrabarse radica en la falsa creencia de que existe un régimen unitario para todos los contratos estatales, cuya realidad muestra a las claras, en todos los países, la recíproca interferencia que existe entre normas y principios públicos con los privados. En efecto, casi no se discute que la Administración puede celebrar tanto un contrato regido sustancialmente por el derecho civil (vgr. el arrendamiento o locación) como aquellos que son propios de su giro o tráfico administrativo, con una regulación más intensa de los diferentes principios y elementos del derecho público, tal como lo prescribe la reciente ley española de Contratos del Sector Público²⁸, sin perjuicio de lo cual el procedimiento de adjudicación es común a ambos tipos contractuales.

Una de las consecuencias principales de ese régimen entremezclado de derecho público y privado se encuentra en el hecho de que las decisiones que adopta la Administración durante la ejecución de un contrato regido por el derecho privado constituyen actos administrativos dotados, como es sabido, de una serie de peculiaridades y modulaciones típicas del derecho público. Para resolver este problema la reciente LCSP de España considera a los actos administrativos inherentes a la preparación y adjudicación del contrato de objeto privado como actos separables, que resultan susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa²⁹,

28 LCSP de 2017 que incorpora al Derecho español las Directivas 2014/24 UE sobre contratación pública y 2014/23 UE, concerniente al procedimiento de adjudicación en los contratos de concesión.

29 Vid: GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T° I, 18ª ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2017, ps. 751-753.

siguiendo una corriente nacida y afirmada en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés³⁰.

Ahora bien, por encima de los desacuerdos terminológicos, en torno de la noción del contrato administrativo, pensamos que, en el fondo, la solución a que arriba la LCSP de España junto a la interpretación jurisprudencial y doctrinaria, demuestra la subsistencia de la categoría del contrato administrativo, con una fórmula que se aproxima bastante (aunque más acotada) al concepto de servicio público de la jurisprudencia y doctrina francesas que, en definitiva, cumple una idéntica función para delimitar la figura del contrato administrativo. Esto acontece a raíz de la utilización del concepto de “*giro o tráfico específico de la Administración*” para definir, después de los contratos nominados y típicos (vgr. de obras, servicios, suministros y otros), el criterio residual que caracteriza la figura del contrato administrativo, puesto que no se puede soslayar que, lejos de tratarse de un criterio subjetivo o formal, introduce un concepto que hace a la esencia o naturaleza del contrato administrativo.

No puede afirmarse, entonces, que sea el reparto jurisdiccional el que define la configuración de la categoría del contrato administrativo sino la finalidad que persigue la Administración de acuerdo a su competencia legal, a cuyo efecto el ordenamiento le atribuye un conjunto de prerrogativas de poder público que carecen de sentido en los contratos de objeto privado.

En palabras de los más esclarecidos exponentes del derecho administrativo español, tras reconocer que las singularidades que exhiben los contratos administrativos, éstos están “*impregnados de una idea esencialmente finalista que preside todo su desarrollo*” afirmando rotundamente que lo que se persigue con estos contratos “*es satisfacer de la mejor manera posible el interés público*”³¹ y que, en definitiva, “*existe contrato administrativo en todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito de su giro o tráfico característico, es decir, dentro del campo de competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas*” y que “*todos los demás contratos celebrados por las Administraciones Públicas y todos los que puedan concluir los restantes entes, organismos y entidades del sector público tendrán la consideración de contratos privados*”³², como reza el artículo 26 de la LCSP.

30 Véase: MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif*, LGDJ, París, 2013, ps. 417-418.

31 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso...*, Tº I, cit. p. 784.

32 *Ibidem*, Tº ps. 750-751.

En varios trabajos y obras de doctrina hemos sustentado una postura similar³³, sosteniendo una concepción finalista para categorizar al contrato administrativo la cual, no obstante, algunas diferencias de naturaleza terminológica³⁴, resulta afín a la de los citados maestros españoles, en una corriente que, lamentablemente, no ha seguido la legislación nacional ni la de las Provincias argentinas, apoyada por una doctrina que, a la luz de la evolución operada en el derecho administrativo moderno, luce como una postura anquilosada y autoritaria que constituye un verdadero repelente para alejar las inversiones que requiere el desarrollo de cualquier país con cierto grado de civilización jurídica.

Entre las actuales tendencias que procuran encauzar la contratación pública en el marco de la observancia de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación y transparencia vamos a referirnos, especialmente, a la regulación de la prerrogativa de modificar el contrato administrativo que, en el derecho comunitario europeo, representa la acentuación del carácter público y no disponible de las facultades de los órganos y entes contratantes de las distintas Administraciones Públicas, impuestas en razón de la necesidad de cumplir con los principios enunciados.

Esta nueva regulación del derecho comunitario europeo, calificada como un giro espectacular³⁵ en la modulación de los contratos públicos o regidos por las Directivas comunitarias, representa una limitación mayúscula de la prerrogativa modificatoria de la que se ha hecho un uso abusivo en detrimento de los principios de competencia y concurrencia que procuran afirmar la igualdad en la selección del contratista privado, en un marco de transparencia y no discriminación. Empero, no hay que olvidar que el “*ius variandi*” puede funcionar también en detrimento de los derechos del contratista cuando la Administración reduce las prestaciones.

33 En nuestro libro: *El Contrato Administrativo*, 3ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 5 y ss., especialmente ps. 14-16.

34 Si bien es cierto que no hay una auténtica sustantividad en el sentido de que el contrato administrativo posee una existencia independiente e individual, aislada del tronco común que exhibe la figura del contrato civil y comercial, no es un dato menor que la concepción finalista del giro o tráfico específico de la Administración, con arreglo a las reglas de competencia de cada ente u órgano que consagra el ordenamiento, constituye una concepción que hace a la esencia de la materia que conforma el concepto, el cual conduce a la aplicación de las normas y principios de derecho público. En síntesis, la concepción finalista no impide acudir al derecho privado cuando las singularidades del contrato presentan vacíos normativos que requieren utilizar las técnicas de la analogía y de la supletoriedad, ni tampoco la aplicación directa del derecho civil y comercial a los contratos privados de la Administración (art. 26 LCSP).

35 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., Tº I, p. 789.

Antes de pasar al análisis de dicha prerrogativa y de otras, vamos a exponer algunas reflexiones liminares sobre la potestad y el derecho subjetivo, que nos permitirán reafirmar las peculiaridades que reviste la vigencia de los principios de la “*lex inter partes*” y del “*pacta sunt servanda*” en los contratos administrativos, y rechazar, consecuentemente, la existencia de prerrogativas implícitas o sobreentendidas (como decía Jèze) en su régimen jurídico, las que refuerzan el autoritarismo y afectan el carácter democrático de todo gobierno³⁶ que respete el principio de legalidad.

6. *Potestades, derechos subjetivos y prerrogativas públicas. La inadmisibilidad del su carácter implícito*

La figura técnica de la potestad se halla extremadamente conectada con el principio de legalidad. Pertenece al género de los poderes jurídicos de sentido amplio y reconoce su desarrollo originario en la doctrina italiana expuesta por Santi romano, quien teorizó magistralmente sobre su configuración y caracteres³⁷ al punto que, salvo alguna excepción, ha sido seguido por la doctrina española de mayor autoridad científica³⁸.

La potestad consiste en un poder atribuido por el ordenamiento en forma genérica y expresa habida cuenta que el principio de legalidad resulta incompatible con la existencia de poderes sobreentendidos, no debidamente explicitados por el ordenamiento.

Su diferencia con el derecho subjetivo³⁹ (que también constituye un poder jurídico) radica en el hecho de que éste último no es un poder abstracto sino un poder jurídico que se despliega en una concreta relación jurídica.

Mientras la potestad es irrenunciable e intransferible cabe acotar que su ejercicio es susceptible de pacto, renuncia o delegación en tanto la Administración no se encuentra

36 Argumento sostenido hace años por GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, en su lúcido *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 368.

37 Véase: ROMANO Santi, Fragmentos de un *Diccionario Jurídico*, trad. Del italiano, EJEJA (Ediciones Jurídicas Europa-América), Buenos Aires, 1964, p. 297 y ss.

38 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., Tº I, p. 487 y ss; y MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tº I, ed. Iustel, 2ª edición, Madrid, 2006, p. 522 y ss.

39 En la doctrina española se ha sostenido que no se derivan consecuencias de la distinción entre potestad y derecho subjetivo, véase: SEÑÉ LLINAS, Emilio, *Sobre el concepto de potestad*, en el libro homenaje a José Luis VILLAR PALASI, ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 1343 y ss., especialmente p. 1348 y ss. La diferencia, sin embargo, resulta clara con solo advertir el carácter renunciabile del derecho subjetivo y la circunstancia de que genera relaciones jurídicas concretas, al contrario de la potestad que es genérica e irrenunciabile.

obligada a ejercerla en forma efectiva por razones de orden público prescriptas explícitamente por el ordenamiento jurídico positivo.

Entre el cúmulo de potestades se encuentran tanto aquellas vinculadas con actos favorables al particular como los actos desfavorables o de gravamen que emite la Administración Pública, así como las que pertenecen a las personas privadas, tal como la potestad de acción para demandar la protección o cumplimiento de sus derechos ante los tribunales de justicia⁴⁰.

En cuanto a la llamada prerrogativa de poder público que utiliza la Administración en oportunidad de poner en ejecución actos o contratos administrativos, ella se origina en la antigua prerrogativa del derecho anglo-sajón aplicable “*a aquellos derechos y facultades que solo el Rey goza*” cuyo significado etimológico deriva del latín “*prae*” y “*rogatio*” que alude algo requerido antes, o sea, “*lo que es exigido a unos con preferencia a otros*” que “*no puede tenerse en común con los demás individuos*”⁴¹.

Es evidente que, al trasladarse esta figura al derecho público moderno la misma precisó adaptarse al sistema de separación de poderes y, sobre todo, al principio de legalidad en el sentido antes explicado. En este contexto, el ejercicio de toda prerrogativa de poder público implica el ejercicio de una potestad genérica atribuida expresamente por el ordenamiento jurídico positivo.

No corresponde reconocer, pues, la presencia de prerrogativas implícitas en ningún contrato que celebre la Administración Pública, ni aún en los contratos administrativos, ya que su configuración no se compadece con el principio de legalidad que debe prevalecer en toda actuación administrativa.

7. Principales prerrogativas en los contratos administrativos

El contrato administrativo, como especie del género contratos públicos o contratos de la Administración, se caracteriza, como es sabido, por contener prerrogativas de poder público que se establecen o pactan expresamente como consecuencia de las potestades que atribuye el ordenamiento jurídico al órgano estatal contratante. Por tal

40 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., T° I, p. 491.

41 BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, ed. Richard Taylor, Red Lion Court, London, 1830, p. 237 y ss., cit. Por AJA ESPIL, Jorge A., en *Constitución y Poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, ed. Tea, Buenos Aires, 1987, ps. 95 y 96.

razón, el ejercicio de dichas potestades se vincula con el principio de la competencia (en Argentina, art. 3° LNPA) y puede volcarse tanto en la documentación contractual (vgr. los pliegos de bases y condiciones) como ser pactada expresamente en el contrato, respetando los preceptos y principios que rigen el proceso de selección del contratista estatal. Veamos ahora, las principales prerrogativas que exhiben los contratos administrativos.

a. Poder de decisión unilateral ejecutiva.

Esta suerte de privilegio vinculado a la llamada autotutela ejecutiva, justifica, cuando se halla expresamente consagrado por el ordenamiento y hubiera sido incorporado expresamente al contrato, que la Administración disponga de la facultad de crear vínculos obligatorios en forma unilateral así como la de ejecutar por si misma tales decisiones, sin acudir a los tribunales de justicia.

Aparte de que, como se verá seguidamente, el mismo no existe en el derecho francés ni en los derechos de algunos países de Iberoamérica (vgr. Argentina) que distinguen la autotutela declarativa de la ejecución forzosa, negando la procedencia de la denominada autotutela ejecutiva que ha seguido el derecho español inspirado en la clásica doctrina italiana⁴², cuando se trata de actos que impliquen utilización de la coacción sobre los bienes y las personas, en los que solo se admite una autotutela declarativa. En consecuencia, la ejecución forzosa en sede administrativa no constituye la regla general y, en principio, tiene que llevarse a cabo en la vía judicial⁴³, en una línea similar a la que sigue el derecho francés, en el que asume un carácter excepcional, circunstancia que no ha sido suficientemente destacada en la doctrina y jurisprudencia españolas y latinoamericanas⁴⁴.

Porque cabe advertir que, en el derecho francés, que ha asimilado la ejecución de oficio a la ejecución forzosa, la prerrogativa de ejecutar un acto administrativo mediante el uso de la fuerza o coacción física, reviste carácter excepcional y está

42 ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto Amministrativo*, volumen primero, 8ª ed. Giuffrè, Milán, 1958, p. 319 y ss.; ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, ed. Giuffrè, Milán 1958, p. 209 y ss.

43 Vid: nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed. actualizada, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 799 y ss.

44 Sin embargo, véase: RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo General y colombiano*, 20ª edición, Tomo II, Temis, Bogotá, 2017, ps. 83-84, a propósito del art. 91 del Código de Procedimiento Administrativo General y Colombiano, 20ª ed., Tomo II, Temis, Bogota 2017, ps. 83-84.

muy lejos de constituir la regla general, lo que solo ocurre en tres supuestos. Ellos son:

- a) Que no haya otra vía para compeler el cumplimiento del acto (inexistencia de sanciones de naturaleza penal en caso de resistencia)⁴⁵;
- b) Cuando lo dispone expresamente la ley, y;
- c) Razones de urgencia⁴⁶. Si alguna de estas condiciones no se presenta, la ejecución forzada se considera irregular y constituye una vía de hecho administrativa⁴⁷.

En esa orientación, un sector de la doctrina española ha postulado una concepción similar sosteniendo, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴⁸, que cuando la ejecución forzosa recae sobre un derecho fundamental resulta imprescindible que sean los jueces quienes autoricen la procedencia⁴⁹ de la “*vis ejecutiva*”.

En cambio, la procedencia de la ejecución forzosa es regulada en forma diferente por algunos ordenamientos de Hispanoamérica, como el colombiano (art. 90 del CPACA), en el que constituye la regla general cuando se tratare de la ejecución de actos administrativos que impongan obligaciones dinerarias y el particular obligado se resista a cumplir el acto (después de una etapa de ejecución persuasiva, mediante la aplicación de multas), salvo que se trate de “obligaciones personalísimas”⁵⁰.

b. El poder de modificación unilateral del contrato

A diferencia de los contratos celebrados entre particulares, basados en los principios “*lex inter partes*” y “*pacta sunt servanda*”, en los contratos administrativos no existe plena libertad ni discrecionalidad de pactar su modificación y el denominado “*ius variandi*” debe ejercerse conforme a una regulación propia y típica del derecho público.

Al respecto, la ley de Contratos de Participación Público Privada (PPP) reconoce la facultad “*de la Administración contratante para establecer unilateralmente*

45 En el conocido caso “*Société immobilière de Saint Just*”, de 1902.

46 VID MORAND-DEVILLER, JACQUELINE, *DROIT ADMINISTRATIF*, 13ª ED., LGDJ, PARÍS, 2013, PS. 349-350.

47 IBÍDEM, P. 350.

48 STC 78/1996 DE 20 DE MAYO.

49 MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PÚBLICO GENERAL*, Tº XII, 2ª EDICIÓN, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, MADRID, 2017, P. 110 Y SS.

50 RODRÍGUEZ R., LIBARDO, *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO*, 20ª ED., TOMO II, TEMIS, BOGOTÁ, 2017, PS. 80-81.

*variaciones al contrato solo en lo referente a la ejecución del proyecto y ello por hasta un límite máximo en más o en menos, del 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*⁵¹.

Así, cuando el contrato es producto de un proceso público de selección del contratista estatal (y no se trata de una contratación directa) las modificaciones contractuales fundadas en el mero arbitrio discrecional de la Administración son, en principio, improcedentes. La razón de ese principio es bastante obvia pues sí, después de un proceso licitatorio al que han concurrido otros interesados, la Administración pudiera cambiar discrecionalmente las bases y condiciones que rigen el contrato se afectaría el principio de igualdad puesto que los distintos partícipes de la licitación, de haber conocido las modificaciones introducidas “a posteriori” hubieran tenido la posibilidad de formular sus propuestas sobre parámetros diferentes (en particular, el precio de contrato y las condiciones técnicas y financieras). La consecuencia de ello es que, en principio, la modificación de un contrato administrativo solo es posible si se encuentra predeterminada y reglada previamente por el ordenamiento o por el pliego de bases y condiciones, que suelen establecer, en algunos contratos, como los de la obra pública y suministros, topes o límites tasados de las modificaciones permitidas⁵².

No obstante, los cambios de circunstancias que suelen ocurrir en todos los contratos han conducido, en muchos países, a la admisión del “*ius variandi*”, debido a causas imprevistas o justificadas, a condición de que no se altere el objeto ni el fin central del contrato, ya que las razones que impulsan la modificación contractual deben ser objetivas, es decir, que la modificación igualmente hubiera procedido y necesitado realizarse, cualquiera hubiera sido el oferente que participó en la licitación⁵³.

Contra esta última modalidad del “*ius variandi*”, practicada en Latinoamérica y admitida en España por la práctica y jurisprudencia de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas⁵⁴, ha reaccionado el derecho comunitario de la Unión Europea

51 Art. 9º inc. i) Ley 27.328.

52 Ver: BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tº II, 7ª ed., obra actualizada por Roberto E. LUQUI, ed. La Ley, p. 960 (la versión de esta parte del libro corresponde a la autoría del actualizador).

53 Ampliar en nuestro libro *El Contrato Administrativo*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 37.

54 Vid: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L., *La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa del reequilibrio económico*, en el libro *El impacto de la crisis en la contratación pública* (dir. Francisco L. Hernández González) ed. Thomson Reuters – Aranzadi,

estableciendo, con la finalidad de reforzar el principio de competencia y de fomentar la mayor concurrencia posible en todas las contrataciones regidas por el derecho comunitario, la obligatoriedad de convocar a una nueva licitación pública⁵⁵, limitando el ejercicio del poder modificatorio, cuya utilización ha motivado que se lo acotase al punto de regularlo como una facultad que solo procede en casos muy excepcionales.

Interesa señalar, por de pronto, que esta nueva tendencia legislativa no altera el sistema de topes legales dentro de los cuales puede llevarse a la modificación del precio contractual, armonizando el interés público a realizar dicha modificación con la obligatoriedad de cumplimiento del contrato por parte del contratista, a condición de ser compensado de los perjuicios que le provoca el mayor costo del contrato.

Las razones de nuevo rumbo se encuentran en la utilidad de fomentar una mayor competencia y, muy probablemente, en la necesidad de combatir la corrupción, falseada por Administraciones complacientes que tienen la manga ancha para modificar o prorrogar contratos vencidos por razones de interés público, aunque sea también verdad que esta corriente regulatoria de la contratación administrativa pueda resultar más onerosa al erario público.

Por esas razones, como estos cambios normativos en la nueva regulación de los contratos públicos suelen extenderse a otros países, a impulsos de una globalización que conduce a transformaciones reales y aceleradas, vamos a referirnos a esas prescripciones comunitarias que acaba de incorporar al ordenamiento español la LCSP de 2017.

Esta novedosa regulación, aplicable a todos los contratos del sector público (por tanto, no exclusivamente los contratos administrativos), solamente permite modificar los contratos administrativos cuando así se haya previsto en los pliegos (art. 203).

De un modo excepcional, la LCSP (art. 205) admite la posibilidad de que los contratos regidos por el derecho comunitario puedan ser modificados en los siguientes supuestos tasados: a) sea necesario añadir obras, suministros y servicios adicionales siempre que la cuantía de la alteración no exceda del 50% del precio inicial y no fuera posible, por razones económicas o técnicas, proceder al cambio del contratista; b) la

Pamplona, 2016, ps. 232-234.

55 Esta política legislativa de la Unión Europea se halla precisada en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y en la Directiva 2014/23/UE concerniente a la adjudicación de los contratos de concesión (arts. 72 y 43, respectivamente). Ambas fueron incorporadas a la reciente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 8 de noviembre de 2017.

necesidad de la modificación contractual derivada de circunstancias sobrevenidas que fueron imprevisibles al momento de la licitación, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato y que su cuantía no exceda el 50% del precio inicial del contrato; c) las modificaciones no sean sustanciales dando lugar a un contrato de naturaleza diferente ni introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación originario hubieran permitido la selección de candidatos distintos o la participación de un número mayor de participantes o bien, alteren el equilibrios económico del contrato en beneficio del contratista; y d) supongan una ampliación importante de la cuantía del contrato por superar el 15% del precio inicial del contrato de obras o el 10% de los demás contratos.

En cualesquiera otros supuestos, reza el artículo 203.2 de la LCSP, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la convenida en el contrato, corresponde proceder a la resolución del contrato y a la celebración de otro, bajo las condiciones pertinentes, conforme a las normas generales sobre selección de los contratistas.

Este cambio radical de la nueva LCSP ha llevado al eminente jurista español, Tomás Ramón Fernández, al actualizar la magistral obra escrita con su maestro, a decir que “de la tradicional libertad de despliegue del “ius variandi” se ha pasado a un régimen extraordinariamente riguroso que ha convertido la modificación de los contratos en algo realmente excepcional...”⁵⁶.

Y continúa, el ilustre colega español afirmando que “ahora si que hay límites materiales muy estrictos...” fijados “en obsequio a la libre concurrencia que es un principio básico del mercado común europeo” y el principal motor que impulsa la evolución operada en el régimen contractual.

En la misma línea, en el sentido de que no resulta posible, en el derecho comunitario europeo, proceder a la modificación “sustancial” de un contrato o una concesión sin pasar por un nuevo procedimiento de selección y consecuente adjudicación, salvo las excepciones previstas por las Directivas comunitarias, se ubica la reforma legislativa

56GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., Tº I, p. 789, agregando que de ese modo “de la antigua regulación solo queda en pie la vieja regla... según la cual las modificaciones solo son obligatorias para el contratista cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20% del precio inicial del contrato (arts. 204.1 y 206.1)”.

francesa introducida por el Decreto 2014-1341, de 6 de noviembre de 2014 que adaptó las prescripciones del art. 43 de la Directiva comunitaria europea sobre concesiones⁵⁷.

8. *Otras prerrogativas públicas y la tendencia a la limitación de los poderes de la Administración, particularmente en los contratos de Participación Público-Privada (PPP).*

En el complejo contexto de los contratos administrativos figura una extensa gama de prerrogativas de poder público, en el sentido antes explicado, en la medida que abren la posibilidad de alterar tanto el principio de la “*lex inter partes*” como el “*pacta sunt servanda*”, particularmente en la nueva ley argentina de contratos de PPP, en la cual, en concordancia con las nuevas ideas que rigen en materia de contratación estatal, se prescribe que todas las prerrogativas deben contemplarse en los pliegos y documentación contractual⁵⁸ lo que excluye la posibilidad de que la Administración utilice las llamadas prerrogativas implícitas o sobreentendidas, que, al no encontrar su andamiaje en el ordenamiento positivo, transgreden el principio de legalidad. Esta es también la orientación actual del Consejo de Estado francés, que exige que la cláusula exorbitante (es decir, la prerrogativa de poder público) solo se admite si está contenida en el Pliego de condiciones del contrato⁵⁹.

Seguidamente, pasamos al análisis sucinto de algunas de dichas prerrogativas:

8.1 En primer lugar, nos referiremos al ejercicio de la potestad de extinguir anticipadamente el contrato por razones de interés público. Lo que no suele verse en la doctrina que aborda este formidable privilegio de la Administración es, simplemente, que el ejercicio de esta prerrogativa, aparte de prestarse al autoritarismo y a la corrupción, genera el derecho de compensación al contratista de los daños que ocasiona la terminación anticipada del contrato que, en principio, incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante, no obstante que algunas legislaciones hispanoamericanas circunscriben dicha indemnización solo al daño emergente⁶⁰. Se trata

57 Véase: DELAUNAY, Benoit y CLAEYS, Antoine, *El impacto de la crisis en la legislación francesa sobre contratación pública*, en la obra *El impacto de la crisis...* cit., ps. 460-461.

58 En particular, la ley exige que la rescisión anticipada del contrato debe hallarse contemplada expresamente en los pliegos y documentación contractual (art. 9 inc. B).

59 MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif...*, cit., p. 392 con cita de los precedentes (“*Commune de Borce*” CE de octubre de 1989 y UCAP, TC del 5 de julio de 1999).

60 Sin embargo, la cláusula 91.6 del modelo de contrato de PPP, aprobado por Resolución N° 147-e-2018 de la Dirección Nacional de Vialidad, excluye la indemnización del lucro cesante en el supuesto de rescisión anticipada del contrato, lo que conculca las prescripciones expresas de la ley que regula los CPPP (art. 9| inc. p) y 11 de la ley 27.3828.

de un supuesto de responsabilidad contractual por su actividad legítima del Estado⁶¹. En Francia, aunque este dato suele ser soslayado por la doctrina y jurisprudencia argentinas que postulan una concepción autoritaria sobre el contrato administrativo, se ha considerado (C.E. caso “*Distillerie de Magnac-Laval*” de 2 de mayo de 1958) que “el contratista no tiene porque sufrir las consecuencias financieras de... una rescisión anticipada, máxime cuando no se ha cometido falta, y, en consecuencia, debe ser indemnizado de la totalidad de su perjuicio, incluido su lucro cesante”⁶².

De acuerdo con a esta tendencia, la reciente ley argentina que regula los contratos de Participación Público-Privada (PPP)⁶³ prescribe expresamente que no rigen las prescripciones establecidas en otras leyes cuya principal consecuencia es que debe compensarse no solo el daño emergente sino también el lucro cesante, cuya indemnización debe ser previa⁶⁴ y que no podrá ser inferior a la inversión no amortizada para cumplir el mandato constitucional que ordena que todo sacrificio particular por razones de interés público debe ser previamente indemnizado.

8.2 Al propio tiempo, la ley de CPPP requiere que la suspensión, así como la declaración de nulidad del contrato por razones de legitimidad deba ser solicitada y declarada por el tribunal judicial con competencia en la materia⁶⁵, lo que es congruente con el principio de la tutela judicial efectiva que rige en el ordenamiento argentino por aplicación de los arts. 18 de la CN y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En rigor, el art. 9 inc. p) de la ley 27.328 (CPPP) prescribe la exclusión de la potestad de revocar de oficio un contrato o acto administrativo. Sin embargo, será necesario, dado el carácter alternativo que tiene el régimen de los CPPP, que la respectiva cláusula se incluya expresamente en los pliegos y documentación contractual, para que adquiera plena efectividad⁶⁶.

61 Vid PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad estatal lícita y la indemnización por lucro cesante*, JA Suplemento del 11 de noviembre de 2009 y del mismo autor *La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el derecho argentino*, en obra colectiva *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo*, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2017, p. 98 y ss.

62 MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif...*, cit., p. 410.

63 Ley N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada (PPP), art. 9 inc. p) la indemnización debe ser previa (art. 10)

64 Art. 10 Ley 27.328, prescribe que la indemnización no podrá ser inferior a la inversión no amortizada.

65 Art. 9 inc. p) in fine.

66 Interesa señalar que, en Francia, los actos irregulares (de nulidad absoluta) si bien pueden ser revocados la sede administrativa, solo pueden revocarse mientras no hayan expirado los términos del recurso contencioso, es decir, cuatro meses después de dictada la decisión (CE, 26 de Oct. De 2001, *in re* “Ternon”), véase: MORAND DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif ... cit.*, p. 356.

8.3 Si bien la ley de contratos de PPP no la enuncia expresamente, aunque se refiere a “*otras causales*”⁶⁷, la Administración puede ejercer la prerrogativa de declarar la caducidad del contrato de PPP por incumplimiento de las obligaciones del contratista dado que esta facultad se encuentra prevista en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos⁶⁸. Es por demás claro que, por aplicación de la norma de la LNPA (art. 21), aplicable en forma directa a los contratos administrativos (art. 7 última parte LNPA), para habilitar la declaración de caducidad del contrato es imprescindible que se trate del incumplimiento de una obligación esencial⁶⁹, debiéndosele otorgar al contratista, previa constitución en mora, un plazo razonable para su cumplimiento.

8.4 En cuarto lugar, la ley de contratos de PPP prevé la posibilidad de introducir en el clausulado contractual (pliego y documentación) las estipulaciones que reglamenten el ejercicio de la “*exceptio non adimpleti contractus*”⁷⁰, estableciendo la posibilidad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones a los usuarios de servicios públicos así como en las actividades de interés público que lleven a cabo los contratistas que colaboren con la Administración en esta especie de contratos de PPP (en lo concerniente a la ejecución contractual), debiéndose delimitar los supuestos que justifiquen su procedencia.

8.5 Un punto de no menor importancia concierne al llamado riesgo operacional. En efecto, no obstante que, según autorizada doctrina, se trata de un supuesto distinto del de riesgo y ventura que domina actualmente la contratación pública en el derecho comunitario europeo con las salvedades de siempre (vgr. fuerza mayor, actos propios de la Administración o hecho del príncipe) la regulación del riesgo operacional, particularmente la materia de concesiones, viene a demostrar que se trata de un instrumento que, antes de fundarse en un prejuicio contrario a las concesiones administrativas tiende a promoverlas o estimularlas⁷¹.

Por de pronto, hay que reconocer primero que por riesgo operacional se entiende al que es propio de la operación concesional en la medida que implique asumir por el concesionario una parte significativa del riesgo (lo que reduce el principio de riesgo y

67 Art. 9 inc. p), Ley 27.328.

68 Art. 21 LNPA.

69 MARIENHOFF, Miguel S., *Caducidad y Revocación de la Concesión de Servicios Públicos*, ed. Abeledo, Buenos Aires, 1997, p. 38.

70 Art. 9° inc. 1), Ley 27.328.

71 HUERGO LORA, Alejandro, Skin in the game: Riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 74, Madrid 2018, p. 20 y ss.

ventura) y, por otra parte, no puede desconocerse que la regulación comunitaria europea permite suplantarlos por el llamado riesgo de oferta, suministro o disponibilidad⁷². En definitiva lo que pretende la regulación comunitaria europea es que cuando el concesionario asuma el riesgo operacional ello no sea una ficción y por tanto reemplazable por la vía de la reparación. Es decir, que constituya un riesgo efectivo en la inteligencia de que si el concesionario está en condiciones de asumirlo se produzca una mejora en las finanzas públicas y en la competitividad del sistema de concesiones.

Por lo demás, la asunción de los riesgos en las concesiones y, en general, en la contratación pública, se combina y perfecciona con las normas que rigen la llamada RAP (Responsabilidad Patrimonial de la Administración) que incorpora fórmulas equitativas para establecer los criterios de compensación en caso de resolución contractual.

Por último, cabe puntualizar que en el régimen que instituye la ley argentina de CPPP se prescribe que los pliegos y documentación contractual deberán contener “el equitativo reparto de aportes y riesgos ... contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras cosas, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, área económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato”⁷³.

9. *La aplicación de los principios generales del derecho*

La pérdida de la centralidad de la Ley, como pilar del derecho positivo vino a potenciar la prevalencia de los principios generales del derecho en el sistema jurídico.

La superioridad de los principios generales del derecho frente a las leyes, si bien fue una tendencia seguida por el nuevo constitucionalismo europeo de la posguerra bajo el dogma vinculante que marcó el sometimiento de la Administración tanto a la ley (es decir, a la norma positiva) como al derecho (comprensivo de la justicia concretada en los principios generales de derecho), es producto de la creación pretoriana del Consejo de Estado Francés, en los primeros fallos que dictó al finalizar la contienda mundial .

72 Ibidem p. 26.

73 Art. 9, inc. b), Ley 27.328.

Como es un tema conocido no explicaremos aquí todas las consecuencias que produjo este cambio radical que se produjo en las fuentes de producción del derecho y solo nos limitaremos a señalar algunos de los efectos que ha generado la tendencia “principalista”, en el campo contractual.

Entre esos efectos, cabe acotar la aplicación de los principios generales de buena fé, confianza legítima, seguridad jurídica, “favor acti”, interdicción de ir en contra de los actos propios, enriquecimiento sin causa, etc., los cuales se proyectan al régimen de los actos administrativos concernientes a la ejecución contractual así como otros principios institucionales o sectoriales que tienden a morigerar el “pacta sunt servanda” abriendo paso a la modificación unilateral del contrato en aras del principio del mantenimiento de la ecuación económico-financiera, no obstante que la tendencia en el derecho comunitario actual se orienta hacia la limitación de la prerrogativa modificatoria, tal como se ha indicado ut supra.

Por otra parte, en materia de responsabilidad contractual, aparte de la aplicación de los principios y normas propias del derecho civil, rige el principio de justa indemnización en los dos supuestos en que se configura esta clase de responsabilidad, conforme a los arts. 3º, inc. d) y 4º, incisos d) y e) de la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944, los que se circunscriben a: 1) la llamada falta de servicio contractual (por incumplimiento obligacional y 2) la existencia de daño o sacrificio especial que el contratista no tiene el deber de soportar⁷⁴.

10. Reafirmación del principio de competencia como eje de los procedimientos de selección

La evolución operada en el derecho comunitario europeo y, consecuentemente, en el derecho de los países miembros mediante las pertinentes transcripciones a los ordenamientos nacionales reafirma a las claras la continuación de la línea marcada inicialmente en los tratados comunitarios articulada sobre el principio de competencia o libre competencia, tanto en la contratación pública clásica como en los sectores asimilados (ver: agua, energía, transporte y servicios postales) a los que impone una

74 Cfr. PERRINO, Pablo Esteban. La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada. La Ley, Buenos Aires 2015, p. 238 y ss.

regulación armonizada cuando el valor del contrato supera determinadas cuantías o umbrales⁷⁵.

Al respecto, los Directivas comunitarias dictadas has sido tres: a) Directiva 2014/24 UE sobre contratación pública; b) Directiva 2014/25 UE relativa a los sectores que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y c) la Directiva 2014/23 UE, acerca de la adjudicación de contratos de concesión.

Esas directivas representan la culminación de un proceso iniciado en el seno de la Unión Europea orientado a la modernización del ordenamiento comunitario con el efecto declarado de reafirmar el principio de seguridad jurídica y de lograr en primer término, transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, de conseguir una mejor relación entre la calidad y el precio de los contratos.

La sanción en España de la LCSP (Ley 9/2017), está en sintonía con las citadas directivas comunitarias y prescribe que “los órganos licitadores darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y publicidad “⁷⁶ y que “velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda del principio de la libre competencia”⁷⁷.

Como consecuencia de esos principios se impone la licitación como regla en los procedimientos de selección en los contratos sujetos a regulación armonizada e incluso en los contratos no sujetos a regulación armonizada cuando se trate de contratos celebrados por “poderes adjudicadores” que no tengan la condición de Administraciones Públicas⁷⁸.

Escaso margen ha quedado pue para la contratación directa que se limita a contratos menores que celebran los poderes adjudicadores tanto si tienen la condición de Administración Pública como si carecen de esa condición cuando no superen un umbral que es extremadamente bajo⁷⁹.

75 En la LCSP de España, que ha transpuesto la Directiva Comunitaria 2014/24 sobre Contratación Pública la principal consecuencia que impone la regulación armonizada es el sometimiento al procedimiento de adjudicación previsto en la ley y la específica obligación de publicar el anuncio de licitación, además de hacerlo en el “Boletín Oficial del Estado” o en el Diario Oficial de la Unión Europea” (art. 135.1 LCSP)

76 Art. 132.1 LCSP.

77 Art. 132.3; ver en el mismo sentido: Art. 132.2

78 Art. 318, inc. b) LCSP.

79 Art. 318, inc. a) LCSP.

Interesa puntualizar también que, en los regímenes contractuales europeos, la licitación aparece como un procedimiento amplio que puede ser tanto abierto⁸⁰ como restringido⁸¹ y que en cualquier caso se promueve siempre la participación de interesados idóneos, así como que los órganos de contratación pueden realizar consultas preliminares al mercado⁸².

A su vez, la LCSP de España contempla otros procedimientos de selección que le confieren una gran flexibilidad a los procesos de adjudicación contractual, señalando a título ilustrativo, el procedimiento de negociación con publicidad⁸³; el dialogo competitivo⁸⁴; el procedimiento de asociación para innovación⁸⁵; y la regulación de los concursos de proyectos⁸⁶, los cuales presentan una tipicidad diferenciada que no resulta incompatible con el principio de la libre competencia o bien, que procede en caso de licitaciones directas o fracasadas, cuestiones cuyo comentario excedería el propósito de este trabajo.

11. Reflexiones finales

Resulta evidente que, en la evolución que experimenta el derecho administrativo actual, se acentúa un proceso de atenuación y equilibrio de las prerrogativas en los contratos públicos al punto que, en ciertos derechos comparados (vgr. el derecho comunitario europeo) algunas prerrogativas, como el “*ius variandi*”, han pasado a tener un sentido diferente al que antes las justificaba, en la clásica teoría del contrato administrativo.

Efectivamente, de un poder destinado a corregir las rupturas producidas en la ecuación financiera de los contratos administrativos ante crisis económicas generales no imputables a los contratistas, se ha pasado a dar primacía al principio de la competencia exigiendo que, en dichos supuestos, se convoque a una nueva licitación pública, cualesquiera fuera la naturaleza de los respectivos contratos (es decir, públicos y privados).

80 Art. 156 y ss. LCSP.

81 Art. 160 y ss. LCSP.

82 Art. 115, LCSP.

83 Art. 166 y 167 LCSP.

84 Art.168 LCSP.

85 Art. 177 LCSP.

86 Art. 183 LCSP.

Las razones para ello, radican en la proliferación de abusos en el ejercicio de la potestad modificatoria (que se advierte en las Administraciones Públicas y en los contratos de empresas privadas regidos por el derecho comunitario europeo) y en la consecuente necesidad de combatir la corrupción generalizada que afecta la credibilidad tanto de los gobiernos como de las empresas privadas.

Al propio tiempo, determinados ordenamientos, acompañan las nuevas tendencias encaminadas a morigerar los poderes de la Administración en los contratos públicos, moderando la vis coactiva mediante la exigencia de la intervención previa de la justicia para autorizar el uso de la coacción sobre personas y bienes y, en general, a través del rechazo de las prerrogativas implícitas o sobreentendidas, en cuanto a su procedencia afecta gravemente los principios de legalidad y de seguridad jurídica y, sobre todo, porque fomentan la práctica de un autoritarismo contrario a las libertades públicas, además de afectar la regla del mantenimiento de la ecuación económica-financiera del contrato. En esa línea, los ejes de la moderna regulación europea de la contratación pública no giran ahora, exclusivamente, alrededor de las prerrogativas públicas (que aparecen cada vez más morigeradas) sino que tienden a proteger la seguridad jurídica que está en el fondo del derecho del contratista a que la Administración cumpla lo pactado y, al propio tiempo, a preservar el derecho de competencia, base de la economía social de mercado. En este sentido, el interés público no sirve como pretexto para fundamentar la extinción anticipada del contrato público ya que no solo no figura entre las prerrogativas enunciadas⁸⁷ sino que incluso el derecho comunitario europeo⁸⁸ no permite el rescate de concesiones y si bien el derecho español lo admite, en los hechos lo torna tan difícil que la cláusula carece de operatividad⁸⁹.

Finalmente, tal como lo recoge la reciente ley 27.328, la regulación de los contratos de PPP ha prescripto especialmente un régimen patrimonial que garantiza los derechos del contratista frente a los daños causados por decisiones unilaterales del Estado (como la extinción del contrato por razones de interés público) estableciendo que, en tales casos, no procede la aplicación de ley alguna que limite la responsabilidad del Estado, de modo que corresponde indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante.

87 Art. 190 LCSP.

88 GIMENO FELIU, José María, El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, en *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, N° 74, Marzo 2018, p. 8. En efecto, el art. 44 de la Directiva 2014/23 UE, no contempla el rescate.

89 *Ibidem*, ps. 8-10.

Se trata de un nuevo régimen alternativo de contrato público, en principio de naturaleza administrativa por las finalidades que persigue, que alberga en su régimen tanto los clásicos contratos administrativos como los de objeto privado de la Administración, cuya principal característica es su flexibilidad e incluso, en cierto modo, una atipicidad que desplaza la aplicación del bloque de ordenamientos legales que rigen los contratos administrativos típicos (principalmente las Leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias y Decreto 1023/2001, sus modificatorias y reglamentación), las cuales “*no serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica*”⁹⁰ ya que, como lo reconoce la propia ley de CPPP, esta figura constituye una alternativa a las regulaciones de dichas contratos administrativos⁹¹ con el objetivo, entre otros, de “*impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista...*”⁹².

El régimen alternativo que singulariza a los contratos PPP al ser aplicables a los distintos contratos que celebra la Administración (en el campo público o privado) no configura un nuevo tipo contractual sino un régimen que se acopla a las diferentes especies de contratos estatales (en sentido más amplio).

Esperamos que estas nuevas regulaciones sirvan para promover las inversiones, que requieren los países y así poder superar los problemas que plantea el estancamiento económico generador de pobreza para llevar a cabo, entre todos los sectores, los mejores esfuerzos conducentes a la realización efectiva y solidaria del bien común y, sobre todo, de los principios de justicia que constituyen el fundamento del derecho.

90 Art. 31 Ley 27.328.

91 Art. 2° Ley 27.328.

92 Art. 4° inc. l), Ley 27.328.