

**UNIVERSIDAD
AUSTRAL**



Facultad de Derecho

**“La fuente constitucional de las prerrogativas
públicas en el contrato administrativo”**

Sofía Lourdes Bonel Tozzi – DNI N°35.524.386

Tesis de Dogmática Jurídica para obtener título de Magíster en Derecho Administrativo –
Facultad de Derecho – Universidad Austral

Director de tesis: Julio Pablo Comadira

Buenos Aires, Diciembre de 2019

Índice

1. Introducción	4
2. Concepto de contrato administrativo	8
2.1. Cuestión a nivel doctrinal	8
2.1.1. Teorías negatorias del contrato administrativo	9
2.1.2. Teorías admisorias del contrato administrativo	10
2.2. Cuestión a nivel jurisprudencial	15
2.3. Cuestión en el derecho positivo	16
2.3.1. Régimen General de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto N°1023/01:	16
2.3.2. Ley de Obras Públicas N°13064	17
2.3.3. Ley de Participación Público Privada	17
2.4. Mi opinión	19
2.5. Conclusiones parciales	20
3. Función Administrativa	22
3.1. Interés público	22
3.2. Introducción al concepto de función administrativa	24
3.3. Cuestión a nivel doctrinal	25
3.3.1. Criterio subjetivo	25
3.3.2. Criterio objetivo	26
3.3.3. Criterio mixto	28
3.4. Cuestión a nivel jurisprudencial	32
3.5. Mi opinión	34
3.6. Conclusiones parciales	38
4. Fundamento y fuente de las prerrogativas	40
4.1. Régimen exorbitante	40

4.2. Concepto de prerrogativa	41
4.3. Criterios para delimitar las prerrogativas	43
4.3.1. Prerrogativas expresas, implícitas o inherentes	43
4.3.2. Síntesis: clasificación y alcance de las prerrogativas	47
4.4. Prerrogativas inherentes a la Administración general del país en los contratos administrativos	48
4.4.1 Prerrogativas en la ejecución y en la extinción contractual	50
4.4.2. Inherencia de tales prerrogativas a la función administrativa.....	57
4.5. Impacto en la legislación analizada.....	59
4.5.1. Un ejemplo actual: Ley de Contratos de Participación Público-Privada	61
4.6. Conclusiones parciales	64
5. Conclusión	66
6. Bibliografía	72

1. Introducción

¿Cuál es la fuente de las prerrogativas de los contratos administrativos?

Tal es la pregunta que guiará el presente trabajo. En la búsqueda de su respuesta, serán necesarios análisis conceptuales para trabajar con significados claros y precisos en el marco de cuestiones que suscitaron discusiones y debates. Además, considero que en el estudio de los conceptos se encuentran elementos que despejan inquietudes y brindan pautas determinantes de la respuesta a la que podrá arribarse al finalizar el trabajo.

Entonces, transitaré un análisis conceptual: del contrato administrativo; de la función administrativa y, por último, de las prerrogativas que son inherentes a ella, específicamente, en el marco de los contratos.

En primer lugar, en cuanto al contrato administrativo se pondrá en escena el desarrollo histórico que tuvo el reconocimiento de la categoría. Se destaca en él la definición de la figura del contrato tomada del derecho privado y la búsqueda por las condiciones necesarias y suficientes para que asuma la calificación de administrativo. En este sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina han intentado encontrar esas condiciones en un camino que fue sinuoso. La importancia de esa determinación ha sido el régimen jurídico que se les aplicaría.

En segundo lugar y, como consecuencia de lo anterior, un régimen jurídico específico integrado por poderes públicos y garantías individuales ha sido ubicado en el estudio de los contratos administrativos. Tal régimen fue denominado exorbitante pues, inicialmente, se destacaron en él los poderes públicos que involucraba. Se sostuvo que esos poderes exorbitaban, “salían de la órbita” del instituto contractual de derecho privado, signado por la autonomía de la voluntad e igualdad de partes.

En este contexto, en tercer y último lugar, la pregunta por la fuente de los poderes públicos apuntará a la fuente normativa, específicamente, constitucional. Es decir, la cuestión es delimitar si las prerrogativas que rigen los contratos administrativos tienen antecedente en nuestra norma fundamental.

Este trabajo surge en el marco de debates recientes en el campo de la ciencia jurídica porque, como se verá, aborda inquietudes de larga data pero renovadas a partir de la sanción de una ley¹ que rige un determinado tipo de contratos a celebrarse por el sector público nacional.

La celebración de contratos por parte de la Administración pública generó un debate que dividió a la doctrina entre aquellos que consideran al contrato administrativo como una categoría independiente y aquellos que la niegan. Puntualmente, los detractores de la categoría encuentran en los principios de igualdad de las partes y autonomía de la voluntad impedimentos para la utilización de la figura contractual en el ámbito del derecho público.

Asimismo, más cerca en el tiempo, la discusión viró hacia la utilidad o inutilidad de la categoría, desde una perspectiva de análisis de conveniencia en términos de riesgos. Específicamente, el debate se circunscribe a la posibilidad de que la calificación de un contrato como administrativo implique la aplicación de un régimen jurídico integrado por poderes no expresa y explícitamente previstos. Esa posibilidad, se ha afirmado, atenta contra la seguridad jurídica y vulnera derechos constitucionales². Con lo cual, no podría admitirse.

Esta discusión, que cuenta con muchos años de antigüedad, tomó actualidad y resurgió en el ámbito de la ciencia jurídica con el nuevo régimen de participación público privada.

Entonces, la inquietud que guía el presente se enmarca en la problemática que implica la presencia de poderes públicos en los contratos administrativos, independientemente de la expresión en su texto.

Esto me ha llevado a preguntarme el porqué de esas prerrogativas y si ellas tienen fuente normativa. Estimo que sólo encontrando respuesta en el plano del derecho positivo se podría

¹ Ley N°27328 “Contratos de Participación Público – Privada”.

² A nivel doctrinario, se desarrolló respecto del punto una discusión prolífica y profunda que puede revisarse en: MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *Revista El Derecho*, 179-655; CASSAGNE, Juan Carlos, “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, *Revista El Derecho*, 180-773; MAIRAL, Héctor A., “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo”, *Revista El Derecho*, 180-849; CASSAGNE, Juan Carlos, “La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)”, *Revista El Derecho*, 181-942; BARRA, Rodolfo C., “La sustantividad del contrato administrativo”, *Revista El Derecho*, 182-1029; BIANCHI, Alberto B. “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos) – Primera Parte”, *Revista El Derecho*, 184-900; BIANCHI, Alberto B., “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos) – Segunda Parte”, *Revista El Derecho*, 185-714; MAIRAL, Héctor A., “La Teoría del Contrato Administrativo y el Derecho Norteamericano”, *Revista El Derecho*, 00/01-525.

afirmar la vigencia de prerrogativas en los contratos administrativos con independencia de su texto.

Sin embargo, como se verá, aún en el plano del derecho positivo, a nivel legal, se presentan contradicciones al respecto, pues no hay una única ley para los contratos administrativos. Por eso, la pregunta de este trabajo apunta al texto de máxima jerarquía normativa: la Constitución Nacional.

De esa manera, el problema se trata de raíz, a fin de revisar si los fundamentos que, en el plano doctrinario, jurisprudencial y legal, se han esbozado para justificar la presencia de tales poderes tienen fuente constitucional. Si la tuvieran, el Poder Constituyente habría demarcado un límite a los poderes constituidos y los poderes públicos que allí se plasmaran no podrían ser eliminados por el Poder Legislativo, a través de leyes; por el Poder Administrador, a través de textos contractuales; por el Poder Judicial, a través de sus sentencias.

La hipótesis de este trabajo es que las prerrogativas en los contratos administrativos son inherentes a la función administrativa prevista por la Constitución Nacional en el artículo 99 inciso 1 por lo que no pueden suprimirse por vía legal, reglamentaria o contractual.

En este sentido, el contrato administrativo se califica como tal cuando se celebra en ejercicio de función administrativa. Ella implica la concreción del poder para la satisfacción del interés público de manera directa, constante, concreta, inmediata y continua. El artículo 99 inciso 1 de la Constitución Nacional asigna como responsable de la Administración del país al Poder Ejecutivo.

Asimismo, el titular de la función administrativa cuenta con poderes inherentes a ella, destinados a hacerla posible en los hechos y a cumplir con la finalidad para la que fue prevista. Esos poderes, en el plano de los contratos administrativos, se hacen presentes como herramientas destinadas a conservar la tutela constante del interés público comprometido con su objeto.

Entonces, las prerrogativas son inherentes a la función administrativa y en los contratos dimanar de su carácter continuo.

De conformidad con lo expuesto, el eje del primer capítulo será el concepto de contrato administrativo, el del segundo la función administrativa, y en el tercero la fuente constitucional de los prerrogativas en los contratos administrativos.

Finalmente, el trabajo se cerrará con la síntesis de los avances desarrollados y la perspectiva de nuevos interrogantes.

2. Concepto de contrato administrativo

2.1. Cuestión a nivel doctrinal

El contrato es un instrumento jurídico al que recurre la Administración para la consecución de sus cometidos. En la búsqueda de satisfacer las necesidades públicas, la Administración incurrió en el uso de este vínculo jurídico.

Sin embargo, destaca Cassagne³, en un inicio el Estado hizo uso de esta figura tal como se desarrolló en el campo del derecho civil. Esto implicaba un acuerdo de voluntades sobre derechos y obligaciones que regiría entre las partes suscriptoras, en determinadas circunstancias y bajo determinadas condiciones.

Se trata de un pacto que opera entre sujetos a efectos de obligarlos, el efecto vinculante es quizás el aspecto más útil de la figura. Por eso, se sostuvo que el contrato surge como ley para las partes. De manera que un presupuesto para su configuración es la autonomía de la voluntad que implica que dos o más sujetos consientan pautas que regirían en una relación con otro.

No obstante, para que pueda imperar la autonomía de la voluntad como fundamento del acuerdo, un presupuesto es que ambas partes estén en pie de igualdad y, por eso, su consentimiento tiene fuerza normativa.

En este contexto, cuando la Administración pública recurrió a la figura, una diferencia que no tardó en hacerse notar fue la relación de subordinación. Con lo cual, no se presenta estrictamente la igualdad entre partes que hace posible el imperio absoluto de la autonomía de la voluntad.

La circunstancia señalada surge, como se desarrollará, de la finalidad que persigue la Administración con su accionar. Esa finalidad opera como un deber y una causa fin, en tanto existe por y para eso, para satisfacer las necesidades públicas y atender el interés general⁴.

³ CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo Perrot 3ª ed., Buenos Aires, 2009, página 9.

⁴ *Ibidem*, página 5: “En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante, pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa. La concepción finalista del contrato administrativo, participa de la dinámica que es propia del derecho administrativo y que lo torna, en algunos aspectos, mutable con una textura abierta a las necesidades sociales y económicas.”

Hasta aquí, se destaca que la incursión en la técnica contractual por parte del Estado presenta particularidades. Ellas aparecen fundamentalmente ligadas con la dificultad de replicar premisas que justifican la estructura en el ámbito del derecho privado. Puntualmente, parece que el instituto utilizado, persiguiendo una finalidad pública puede implicar que las partes no estén en una situación de igualdad y que no tengan plena autonomía para establecer el contenido.

Esta breve introducción sirve para ingresar al modo en que fue desarrollándose, a nivel teórico, la determinación del contrato administrativo como categoría independiente. A tales efectos, fue preciso determinar, en principio, cuándo debía caracterizarse al contrato de un modo diferente y pasar al ámbito del derecho público. Específicamente, qué circunstancias debían presentarse para que esto sucediera: cuáles eran los elementos necesarios y suficientes para que un contrato se calificase como administrativo y pasara a estar regido por el derecho público⁵.

2.1.1. Teorías negatorias del contrato administrativo

Es necesario diferenciar entre los argumentos usados históricamente por la doctrina que negó la existencia de la categoría en términos conceptuales y teóricos, de los usados recientemente para negarla en términos de conveniencia práctica.

Dentro del primer grupo, históricamente, los argumentos utilizados por la doctrina para negar la existencia de la categoría como independiente de la del contrato civil, podrían resumirse en:

- a. ausencia de igualdad entre las partes en virtud de la posición de supremacía de la Administración;
- b. ausencia del imperio de la autonomía de la voluntad porque la Administración rige su comportamiento por normas y el particular debe adecuarse a los términos fijados por la Administración, aceptándolos o rechazándolos;

⁵ Esta afirmación es introductoria. No se desconoce la discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial en torno a los “grados” en que se aplicaría el derecho público en este ámbito. Efectivamente, Barra llegó a distinguir entre contratos públicos, contratos de base pública y contratos administrativos en función del modo en que operaría la aplicación del régimen de derecho público. Véase BARRA, Rodolfo C, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 1989, página 170. En igual sentido, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*, Fundación de Derecho Administrativo, Ciudad de Buenos Aires, 2009, páginas 42-47.

- c. el contrato no puede versar sobre cosas fuera del comercio y el contrato celebrado por la Administración debería recaer sobre bienes públicos inenajenables;
- d. el concepto unitario del derecho impide distinguir entre contratos civiles y contratos administrativos⁶.

Por otro lado, recientemente, se cuestionó la existencia de la categoría con argumentos que atienden a su conveniencia. Así, se sostuvo que la categoría es inútil o peligrosa para la seguridad jurídica; inútil si sólo implica una descripción de un conjunto de normas, peligrosa si tiene sustantividad. Esto último afinado, básicamente, sobre la imprecisión que la caracterizaría, lo que impediría contar a los sujetos privados con reglas claras al momento de celebrar contratos con la administración⁷.

2.1.2. Teorías admisorias del contrato administrativo

Con el mismo patrón distintivo del apartado anterior, se procurará diferenciar entre: los argumentos usados históricamente por la doctrina que reconoció la existencia de la categoría en términos conceptuales, de los usados recientemente para afirmarla sobre la postura de su sustantividad. En rigor, se observa que la doctrina al preocuparse por la categorización de la figura tendió a la búsqueda de elementos definitorios que asumieran entidad suficiente para justificar su independencia.

Los extremos señalados por la doctrina como impedimentos para la configuración de la categoría jurídica son los que fundan la distinción y justifican su existencia como categoría independiente. Por supuesto, debería ser un elemento definitorio del contrato que brinde razones para que eso esté justificado.

Es posible encontrar en los desarrollos doctrinarios múltiples repasos sobre criterios tales como el de la jurisdicción, de la forma, de la calificación legislativa o de la calificación dada por las propias partes del contrato.

⁶ ESCOLA, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos Volumen I Parte General*, Ediciones Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 1977, página 42.

⁷ MAIRAL, Héctor, “De la peligrosidad...”, página 10.

Tomaré únicamente los criterios subjetivo, objetivo y del contenido⁸ –nominaré de esa forma al de las cláusulas exorbitantes del derecho privado- por su relevancia para este trabajo en orden a la pregunta que lo guía como problema de investigación.

2.1.2.1. Criterio subjetivo

Este enfoque permite definir al contrato administrativo a partir de la presencia de la Administración pública. Así es que si uno de los sujetos parte del contrato integra la Administración pública, el contrato sería calificado como administrativo. Entonces, el elemento subjetivo aparece como necesario y suficiente.

Sin embargo, como prontamente el lector notará, en este posicionamiento teórico es preciso dilucidar varias cuestiones. En primer lugar, quién quedaría comprendido como parte de la Administración pública y, en segundo lugar, si la otra parte debe ser un particular o quedan abarcados por la noción los contratos celebrados entre dos sujetos públicos –contratos denominados por nuestro marco legal vigente como “contratos interadministrativos”⁹–.

Al respecto, Marienhoff¹⁰ señaló que no es un requisito del contrato administrativo sino un presupuesto elemental de su existencia porque es evidente y porque los particulares no pueden celebrar entre ellos contratos administrativos en el sentido técnico de la expresión. Por eso, sería sobreabundante destacarlo como elemento.

Coviello¹¹ sostuvo que si bien el criterio subjetivo se planteó, luego, la propia jurisprudencia se encarga de ponerlo en duda.

Cassagne¹², por su parte, rechazó el criterio del sujeto por entender que *“la presencia de la Administración no basta para calificar un contrato como administrativo, ya que ésta puede*

⁸ CASSAGNE, Juan C., *El Contrato...*, página 16. Al respecto, Juan Carlos Cassagne agrupó a las corrientes del derecho comparado en dos grandes posturas, una objetiva o finalista y una subjetiva. La primera hace foco en la presencia de la causa fin propia del derecho público y en el régimen jurídico que de él se deriva; la segunda en la presencia de la Administración como parte que determinaría las prerrogativas jurídicas cuya consecuencia sería el régimen jurídico.

⁹ Conforme artículo 25 inciso d) apartado 8 del Decreto Delegado N°1023/01.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III A*, 4ª ed. 2ª reimpresión Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2011, página 38.

¹¹ MERTEHIKIAN, Eduardo, *Estudios Sobre Contratación Pública*, Editorial Ciencias de la Administración, Ciudad de Buenos Aires, 1996, página 27.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato...*, página 17.

recurrir a técnicas de contratación privada cuando el interés público que persigue no sea relevante y pueda satisfacerse en forma indirecta o mediata”.

Por otro lado, Héctor Escola¹³ puntualizó la ineficiencia del criterio en igual sentido que el autor antes referido.

Así es que, según las posturas citadas, el criterio sería insuficiente pues no permite deslindar casos en que la Administración celebra contratos de derecho privado y casos en que celebra contratos administrativos, como aquellos que se rigen por el derecho público principalmente. Por mi parte, considero que respecto del criterio subjetivo para la definición del contrato como administrativo hay que analizar dos aspectos. Por un lado, si todo contrato celebrado por la Administración pública es administrativo; por otro, si ningún contrato celebrado entre sujetos privados podría calificar como tal.

Para responder estos dos interrogantes se torna imperioso considerar qué alcance le damos al Estado y la cuestión no aparece sencilla pues requiere de un análisis profundo de la organización administrativa.

En primer lugar, el Estado se integra por tres “poderes” -en términos de organización constitucional- Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En segundo lugar, en el ámbito del Poder Ejecutivo, que tiene a su cargo la administración general del país, la estructura se organiza a partir de las técnicas de la descentralización y desconcentración. Estas técnicas de organización impactan en la estrechez del vínculo de los entes respecto del Poder Ejecutivo. Los extremos señalados ponen en escena que si se sigue el criterio subjetivo en su sentido más estricto y puro, debería afirmarse que si una de las partes no integra el Estado, en alguno de los sentidos descriptos, el contrato no podría calificarse como administrativo. Por el contrario, cuando cualquiera de las partes fuera Estado, en alguno de los sentidos previstos en el párrafo anterior, sólo podría celebrar contratos calificados como administrativos.

Así, el problema de ese criterio es que no atiende a la finalidad perseguida por el contrato y al modo en que ella se persigue.

¹³ COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), Curso de Derecho Administrativo, 1 ed. 2° reimpresión Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2018, página 379: “(...) por la administración pública, o por una de sus partes, obrando como tal y relacionándose por ese conducto con los particulares (...) no permite diferenciar cuándo actúa como tal y celebra contratos administrativos y cuándo actúa como persona de derecho privado celebrando contratos de derecho común.”

2.1.3.2. Criterio objetivo

Es preciso destacar que tomé el elemento objetivo para combinar el objeto y la finalidad. Considero que, si bien son conceptos diferentes y han sido abordados desde distintas perspectivas para la calificación del contrato como administrativo, su unión en el apartado es reveladora.

En efecto, la conexión entre el objeto contractual¹⁴ y la finalidad perseguida con él es muy estrecha. El objeto contractual ha sido analizado a la luz de su aporte a la finalidad perseguida por el contrato. Tal como se expuso previamente -al desarrollar el elemento subjetivo-, la manera en que el objeto contractual atiende a la finalidad perseguida por las partes es un punto central de análisis, tanto doctrinario como jurisprudencial. Particularmente, además, es medular para nuestra hipótesis de trabajo.

Este elemento distintivo encuentra su origen en la caracterización francesa del contrato administrativo como el vinculado con el servicio público¹⁵.

Entonces, según cuál sea el objeto y cuánta relación asuma con la finalidad, el contrato podrá ser caracterizado como administrativo y regido, de modo preponderante, por el derecho público.

En cuanto al objeto de los contratos, se ha distinguido aquel de su contenido. En efecto, el objeto podría ser conceptualizado como el efecto que propone alcanzar y el contenido como el cúmulo de cláusulas que determina los derechos y obligaciones de las partes¹⁶.

Marienhoff, por su parte, entendió que el concepto de servicio público y de utilidad pública pueden integrar el de contrato administrativo pero éste es más amplio. En este sentido, consideró que se estará en presencia de un contrato administrativo, propiamente dicho, por razón de su objeto: 1) cuando tratándose de un contrato de colaboración -prestación objeto del mismo a cargo del administrado o particular-, la prestación se relacione directa e inmediatamente, con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los fines públicos propios de éste; 2) cuando tratándose de un contrato de atribución -prestación

¹⁴ ESCOLA, página 744: recuerda las nociones del ex Código Civil y manifiesta que en el derecho civil puede ser una cosa o un hecho.

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato...* página 18; MERTTEHIKIAN, Eduardo, página 29.

¹⁶ MARIENHOFF, página 46.

objeto del mismo a cargo del administrado o particular-, la prestación se refiera a un objeto que excluya la posibilidad de ser materia de un contrato entre particulares.¹⁷

Por mi parte, estimo que el criterio objetivo no logra dar cuenta de los elementos necesarios y suficientes para la calificación del contrato como administrativo. Pues, si bien refiere al fin público, nada dice respecto de la modalidad que debe asumir la relación entre el contrato y ese fin para justificar la aplicación de un régimen jurídico específico.

2.1.3.3. Criterio del contenido: cláusulas exorbitantes

La caracterización del contrato como administrativo atendiendo a su objeto, permitió identificar que tal elemento se relacionaba con un contenido específico en el contrato.

Así, en el devenir del estudio por parte de la doctrina y de los desarrollos efectuados en la jurisprudencia, surgen las cláusulas exorbitantes como elemento destinado a calificar a los contratos como administrativos.

Brevemente¹⁸, las cláusulas exorbitantes son las expresiones en el texto contractual de poderes a favor de una de las partes que habrían sido inválidas en un contrato de derecho privado.

Efectivamente, como podrá notarse al analizar el recorrido jurisprudencial, el uso del sintagma “cláusulas exorbitantes” como elemento definitorio del contrato administrativo implicó la identificación en el texto contractual de poderes a favor de la Administración que, de haber estado incluidos en un contrato de derecho privado, habrían generado problemas.

No estaba claro si se trataba de poderes, prerrogativas, facultades, competencias, derechos; como tampoco el efecto de su inclusión en un contrato de derecho privado. Algunos entendieron que habrían sido inusuales, otros que habrían sido inválidas, otros, en cambio, lo consideraron de manera alternativa¹⁹.

Tradicionalmente, se incluyó dentro de estas cláusulas a los poderes para lograr la continuidad en la ejecución contractual, los de dirección y control, el poder para modificar unilateralmente y variar las prestaciones debidas por el contratante particular, el revocatorio

¹⁷ MARIENHOFF, página 47.

¹⁸ En el capítulo 3 del presente se trabajará sobre el concepto de cláusula exorbitante con mayor detenimiento.

¹⁹ MARIENHOFF, página 61.

del contrato para extinguirlo por razones de mérito, oportunidad y conveniencia, el sancionatorio²⁰.

Tal como indiqué en el apartado anterior, la distinción entre objeto y contenido es ilustrativa porque a partir de ella podremos dilucidar cuál es la relación entre el objeto del contrato, la finalidad perseguida y la presencia de ciertas cláusulas en su texto, pues podría ser de dependencia o de independencia. En efecto, determinado objeto y finalidad podrían implicar la presencia de ciertos poderes aun cuando no estén escritos en el texto del contrato, y no sean cláusulas de su contenido.

La crítica a este criterio consiste en que las cláusulas exorbitantes funcionarían como consecuencia de un determinado régimen específico que se aplica y no a la inversa.

2.2. Cuestión a nivel jurisprudencial

En la definición del contrato administrativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido importantes intervenciones. Efectivamente, la sistematización del concepto se efectúa, en gran medida, gracias a los análisis que el Tribunal realizó a través de los años²¹.

Por ello, se realizará un repaso siguiendo un criterio cronológico, intentando un recorte a partir del elemento que recoge la Corte como determinante de la conceptualización de un contrato administrativo.

Como primera etapa, hasta 1990 -año en que se dicta sentencia en la causa “Dulcamara”²²-, la CSJN plantea como elementos necesarios y suficientes para la calificación: el sujeto, administración centralizada o descentralizada; el objeto debía ser un fin público o propio de la administración y/o (alternativamente) su contenido debía incluir cláusulas exorbitantes del derecho privado²³.

Se trata de una etapa en que la elaboración del concepto se hallaba aún en ciernes y con marcado tinte casuístico.

²⁰ COMADIRA; ESCOLA, página 885-897.

²¹ Para el desarrollo de este apartado se tuvo especialmente en cuenta el análisis de Pedro Coviello en MERTTEHIKIAN, *Estudios...*, así como el estudio pormenorizado de Julio Rodolfo Comadira en *Elementos del derecho administrativo* 1ª ed. 1ª reimp. La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2006.

²² CSJN, 23/03/1990, “Dulcamara SA c/ Empresa Nacional De Telecomunicaciones” Fallos: 313:376.

²³ COVIELLO en MERTTEHIKIAN, *Estudios...*, página 40.

En la sentencia recaída en “Dulcamara”, en el voto del ministro Fayt, se plasma por primera vez un concepto de contrato administrativo a partir de elementos definatorios.

Así, en el considerando 8 del voto referido se afirmó: *“cabe señalar que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado.”*

Posteriormente, en la sentencia recaída en la causa “Yacimientos Petrolíferos Fiscales”²⁴ se destacó *“(…) Así existen diferencias de fondo que determinan que tengan un régimen especial y sus efectos no sean los mismos que los de los contratos civiles. Cuando el Estado, en ejercicio de sus funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público. (...) La ayuda financiera prestada por Y.P.P. -así deben ser interpretadas las facilidades de pago conferidas- y el fin público perseguido, unido al carácter de las personas intervinientes, permiten concluir que se trata de un convenio regido por normas distintas a las del derecho privado.”* (Consid.3)

Ulteriormente, en el fallo dictado en la causa “Cinplast”²⁵, se destaca la recepción textual de lo expresado por el miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Carlos Santiago Fayt en el voto particular que esgrimió en la causa “Dulcamara”.

2.3. Cuestión en el derecho positivo

2.3.1. Régimen General de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por Decreto N°1023/01:

Se observa que combina un criterio subjetivo y objetivo²⁶. En efecto, quedan alcanzados por sus previsiones todos los contratos no excluidos que celebre la Administración Central y organismos descentralizados, así como instituciones de seguridad social.

²⁴ CSJN, 3/03/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/cobro de australes” Fallos 315:158.

²⁵ CSJN, 2/03/1993, “L.A.P.S.A. el E.N.Tel s/ ordinario” Fallos: 316:212.

²⁶ Artículos 2 y 4.

Se excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a los contratos de empleo público, compras por caja chica, los que se celebren con Estados extranjeros, entidades de derecho público internacional, instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de su aplicación cuando de común acuerdo se establezca, las comprendidas en operaciones de crédito público, los comprendidos en operaciones relacionadas con los activos de la cartera del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Previsional Argentino.

Su Decreto Reglamentario N°1030/2016 sigue el mismo criterio aunque reduce el ámbito objetivo al excluir a los contratos de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

2.3.2. Ley de Obras Públicas N°13064

Esta norma presenta la particularidad de seguir un criterio fiscal. Es decir, si bien aparece el elemento subjetivo, lo determinante para calificar una obra como pública e incluirla en este régimen es el origen de los fondos con que se realiza. Por lo cual, sin perjuicio de que podría revisarse como un criterio subjetivo de clasificación, estimo que ello es impreciso porque puede haber supuestos de obras llevadas a cabo por el sujeto público que no sean calificadas como obras públicas por ser realizadas con fondos provenientes de otras fuentes; así como supuestos de obras concretadas con fondos del tesoro nacional por parte de sujetos privados²⁷.

2.3.3. Ley de Participación Público Privada

De modo semejante del Régimen aprobado por Decreto N°1023/01, la ley sigue un criterio mixto, subjetivo y objetivo. Los contratos de participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional²⁸ y sujetos

²⁷ El criterio fiscal asume relevancia determinante, aún para autores que estiman que el elemento subjetivo es condición necesaria. Así, Carlos F. Balbín sostuvo que el estándar subjetivo solo cede en los contratos en los que a pesar de no ser parte el Estado se nutre de recursos públicos. Ampliar en BALBÍN, Carlos F, *Tratado de derecho administrativo*, La Ley 2ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, página 601.

²⁸ El sector público nacional es un concepto que se define en el artículo 8 de la Ley N°24156 como: “Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

públicos o privados con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Si bien evalué estos regímenes como ejemplos de las previsiones legislativas, considero imperioso destacar que el Régimen aprobado por el Decreto N°1023/01 opera como régimen general y residual de las contrataciones celebradas por Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada²⁹. Esto es así, tanto por disposición legislativa -artículo 4 inciso a)-, como por su adecuación a pautas constitucionales. Es decir, lo es por la propia indicación de sus términos como porque resistirá el análisis constitucional que se efectuará en el último capítulo del presente.

Como puede notarse, las leyes no aportan una pauta determinante para calificar conceptualmente al contrato. Son indicios de aquellos elementos que para el legislador son relevantes. Sin embargo, no permiten elaborar una definición porque no se reiteran los mismos elementos como necesarios y suficientes en todos los casos.

c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones.

d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.”

²⁹ Para Carlos Balbín “todos los contratos celebrados por el Estado son contratos administrativos y ciertos contratos del Estado -casi todos- están comprendidos bajo el decreto delegado 1023/01.” BALBÍN, Carlos F, *Tratado...*, página 559.

2.4. Mi opinión

Estimo que los criterios doctrinarios desarrollados -subjetivo, objetivo y de contenido- no revisten la condición por sí de definitorios, como necesarios y suficientes, del contrato administrativo.

En igual sentido, la definición esgrimida por la jurisprudencia si bien recoge los criterios antes reseñados todos como necesarios pero individualmente insuficientes, pienso que tampoco echa luz sobre el elemento central para la conceptualización.

Aquello que determina la definición del contrato como administrativo debe servir para justificar que a ese instituto se aplique el régimen jurídico de derecho público. Entonces el quid de la cuestión radica en el interés que está destinado a satisfacer y el modo en que atiende a esa satisfacción.

Ahora bien, se ha afirmado que el Estado siempre tiende a la satisfacción del bien común pues ello le da fundamento a su existencia³⁰, entonces podría objetarse al señalamiento efectuado en el párrafo anterior que la presencia del Estado y la finalidad perseguida coincidirían, con lo cual el criterio subjetivo se identificaría con el criterio finalista.

Sin embargo, tal objeción puede rebatirse. Por un lado, el hecho de que el Estado fuera el sujeto encargado de atender a la consecución de una determinada finalidad no implica que la justificación para aplicar el régimen de derecho público se traslade de la finalidad al sujeto. Es decir, si lo que justificase el régimen es la finalidad, ello no deja de ser así porque el sujeto que la persiga sea siempre el mismo. Pero, por otro lado y fundamentalmente, el Estado no siempre atenderá a la consecución del interés público -regido por la justicia distributiva³¹-

³⁰ En ese sentido: BALBÍN, *Tratado...*, página 615.

³¹ Este concepto demanda un estudio histórico profundo que excede el objeto del presente trabajo. Sin embargo, es necesario destacar que tanto el significado como el alcance y la caracterización de su presencia en las relaciones regidas por el derecho público han sido materia de discusión.

Partiré de dos presupuestos respecto de esos puntos: El primero es un concepto de justicia distributiva como aquella que rige la relación de las partes con el todo, bajo una lógica de proporcionalidad; por oposición a la justicia conmutativa que rige la relación de parte a parte, bajo una lógica aritmética – Para el desarrollo conceptual véase ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Alianza Editorial, Madrid, 1ª ed. 2001 4ª reimpresión 2005, página 160-. El segundo supuesto es que el derecho público se rige por la justicia distributiva de manera preponderante aun cuando pueda no ser excluyente. La delimitación de los supuestos en los que aparece la justicia conmutativa es materia de estudio circunstanciado a los casos concretos. Respecto de este último punto véase SACRISTÁN, Estela B., *Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado (Una visión desde la justicia distributiva y conmutativa)*, RAP, N°437, Buenos Aires, 2015, páginas 77/78; CASSAGNE, Juan Carlos, “La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones

del mismo modo. En efecto, la separación de poderes o división de funciones a nivel constitucional pone en escena que el ejercicio del Poder del Estado se lleva a cabo por tres instancias separadas e independientes aunque coordinadas. Esto ha determinado que las actividades del Estado se vinculen de manera bien diferente con la finalidad de satisfacción del interés público³². Entonces, el ejercicio de función legislativa, judicial y administrativa implican una atención del interés público con carácter diverso. Considero que tal diversidad es relevante para ubicar cuál es el elemento definatorio del contrato administrativo.

Estimo que la atención continua y directa del interés público determina a los contratos que en ese contexto se celebren. Dicha atención, como se verá, forma parte de la función administrativa y la distingue de las otras funciones. La continuidad es trascendente en el ámbito contractual. Pues si bien el contrato implica la fijación de reglas entre partes por un período de tiempo, tal fijación no puede implicar la renuncia del cumplimiento de la función administrativa.

En tanto y en cuanto el contrato se celebre en ejercicio de esta función, deberá ser calificado como administrativo.

2.5. Conclusiones parciales

Como pudo observarse en este capítulo se abordó la categoría de contrato administrativo como concepto jurídico que acarrea una serie de consecuencias, específicamente la aplicación al instituto del régimen de derecho público.

Para ello, se recorrieron las posturas que negaron la posibilidad de su existencia, así como aquellas que la asumieron y defendieron. Se destacó que hay un análisis conceptual y teórico por un lado y un análisis de conveniencia por otro.

Al respecto, las premisas de la igualdad entre partes, el imperio de la autonomía de la voluntad y la libertad negocial no operan en el ámbito del contrato administrativo porque

interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)”, *El Derecho Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, N°13.943, 26/04/2016, página 5.

³² Al respecto, ESCOLA al referirse a la finalidad de los contratos administrativos, sostuvo: “(...) puede recordarse que la actividad administrativa, como es concreta, tiende a satisfacer esas necesidades e intereses en forma directa e inmediata, siendo una acción que está ligada en forma bien perceptible a ese logro, que procura alcanzar sin dilación y sin intermediación.” en el *Curso de...*, página 733.

existe una relación de subordinación entre las partes en razón del interés involucrado, como se desarrollará en el capítulo siguiente.

Para definir el contrato administrativo se recurrió a la búsqueda de elementos definatorios. Es decir, circunstancias trascendentes necesarias y suficientes para que el contrato se califique como administrativo. En esa búsqueda, se recorrieron algunos pensamientos doctrinarios, pronunciamientos jurisprudenciales y definiciones legales. Se destacaron los criterios subjetivo, objetivo y de contenido.

A partir de ello, es posible afirmar que ninguno de esos elementos por sí solo es suficiente para la calificación: En efecto, la sola presencia del Estado como parte no justifica la calificación de un contrato como administrativo pues es una persona jurídica que, a veces, actúa en el campo del derecho privado. La atención a un fin público tampoco basta como criterio dado que esa es la única finalidad que, en última instancia, el Estado debe satisfacer. La previsión de cláusulas exorbitantes aparece como consecuencia de la calificación del contrato y no como causa.

Si bien esos criterios son importantes, lo definatorio es algo más. Es precisa la función administrativa, como expresión de un modo de ejercicio de poder en atención directa, inmediata y concreta al interés público.

Entonces, la celebración de ese contrato debe implicar el ejercicio del poder en aras de satisfacer una necesidad que involucre directa, inmediata, concreta y continuamente al interés público. En tal caso, el contrato implicará el ejercicio de función administrativa y se calificará como contrato administrativo.

La calificación como contrato administrativo es sustancial porque acarrea un régimen específico integrado por prerrogativas y garantías.

3. Función Administrativa

La función administrativa será abordada con detenimiento en virtud de que la hipótesis de trabajo es que su ejercicio imbricado en el contrato permite calificarlo como administrativo. En ese sentido, como considero que la función se caracteriza a partir de un modo especial de perseguir el interés público es necesario partir de su noción.

3.1. Interés público

A fin de abordar el concepto de función administrativa, en tanto parte de la definición toma la noción de interés público, es preciso delimitar qué se entiende por él en este trabajo³³.

En un exhaustivo estudio del “interés público”, Escola se ocupa de descartar otras acepciones utilizadas para nombrarlo hasta definirlo. Expone, finalmente, que prefiere “interés público” no sólo porque es admitida por gran parte de la doctrina sino también por el vínculo que presenta con la noción de población³⁴. Finalmente, lo define como la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, más el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo³⁵.

Desde otro punto de vista³⁶, se considera que el interés público no implica la oposición de prerrogativas versus derechos. Pues se trata en el fondo de la recepción de un conjunto de derechos que entran en conflicto con otros derechos.

La idea que subyace en el planteo es que la tarea del Estado supone decidir sobre los derechos que deberán primar ante bienes escasos. Solo si reconoce y satisface derechos individuales, sociales y colectivos la actividad estatal “tiene razón de ser”.

³³ Se destaca que no es el objeto de análisis el desarrollo histórico, filosófico, político y social que en torno a la definición de interés público y sus términos afines tuvo lugar. No se desconoce que se trata de un concepto que dio lugar a numerosos y extensos trabajos doctrinarios. No obstante, en el presente se toma el significado que se construye desde un punto de vista del derecho administrativo, ligado a la noción de función administrativa, asignada constitucionalmente a órganos determinados, como parte del Poder del Estado.

³⁴ ESCOLA, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos Volumen I Parte General*, Ediciones Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 1977, página 120.

³⁵ *Ibidem*, página 127.

³⁶ BALBÍN, Carlos F, *Curso de Derecho Administrativo La Ley* 1ª ed. 1ª reimpresión, Ciudad de Buenos Aires, 2008, páginas 199-200.

También se ha advertido la identificación del interés público con el bien común en tanto ambos se receptan en el “bienestar general” previsto en el texto constitucional en su preámbulo³⁷.

En razón de lo expuesto, pretendo utilizar el vocablo “interés público” porque, como se señaló³⁸, aloja dos aristas relevantes. Por un lado, da cuenta de un componente de “provecho” como resultado valioso -en orden al elemento “interés”- y, por otro, un componente de participación de los sujetos integrantes de la población -en orden al elemento “público”-.

Considero que el provecho no exige, necesariamente, un concreto incremento patrimonial ni moral en la esfera individual, ya sea cuantitativo o cualitativo. Sino, más bien, un resultado valioso que está dado por la realización eficiente y eficaz de un bien público.

En el caso del contrato, el provecho se obtiene como integrante de la población a través de la satisfacción de necesidades públicas por medio de bienes. Estos bienes podrán ser los que se pretende obtener a través de la prestación del contratista en el caso concreto o podrán ser, por derivación, la eficiencia y eficacia en el procedimiento de contratación como modo de cuidado de los recursos públicos.

De manera que el provecho es ambivalente: por una parte, estará presente aquello que se pretende obtener en el ámbito singular de la contratación; por otra parte, está presente el modo en que se utilizan los recursos públicos para ello. Por lo cual, aun cuando la necesidad que se busca satisfacer con el contrato concreto no implique la obtención de un bien del que gocen directamente los ciudadanos -como sería el caso de la adquisición de un bien para el desarrollo interno de la Administración, póngase por caso un contrato de suministro de lapiceras para el funcionamiento interno del Ministerio de Seguridad- sí estarán presentes la eficiencia y eficacia en la adquisición para reducir el gasto público. Con lo cual, el provecho

³⁷ COMADIRA, Fernando, “Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla” en *El Derecho Diario de Doctrina y Jurisprudencia N°13973*, 2016, página 1.

³⁸ COMADIRA, *Curso...* páginas 734-735: “(...) nos ha parecido más correcto utilizar, para referirnos a la noción que ahora nos ocupa, el vocablo “interés público”, en el que se perfila: a) un interés, o sea un provecho, utilidad o valor que en sí tiene una cosa, una conveniencia o necesidad en el orden moral o material y b) la circunstancia de que ese interés es el interés público y no cualquier otro, siendo público aquello que pertenece al pueblo, a los vecinos, lo que se vincula con la población en sentido lato.”

de los miembros de la población se vehiculiza en la utilización eficiente y eficaz de los recursos públicos, aun en el caso de que la prestación no esté afectada a su uso y goce.

Estimo que la noción expuesta permite asir el fenómeno estudiado en dos vertientes fundamentales. El componente de provecho trasunta una utilidad que debe estar presente en el ejercicio de la función administrativa pues ella debe propender a un resultado valioso. El componente público atiende a la faz distributiva que asume trascendencia determinante en el plano del ejercicio de la función administrativa.

Así, entiendo “interés público” como provecho de todos los integrantes de la comunidad en un sentido constitucional. En razón de ello, se utilizará indistintamente “interés público”, “bienestar general” y “bien común”.

3.2 Introducción al concepto de función administrativa

Para abordar el concepto de función administrativa, es necesario referir al poder público como atributo del Estado. De su distribución surge la separación de funciones. El texto de la Constitución Nacional recepta el sistema republicano de gobierno; este sistema implica la división y el control del Poder.

Si bien el poder, como atributo del Estado es uno solo; de acuerdo con el diseño constitucional de nuestro país, se divide según tres criterios diferentes: un criterio territorial, entre los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -desde 1994- y el Estado Federal; un criterio que atiende al rol respecto del texto constitucional, entre el poder constituyente y los poderes constituidos; y, por último, el criterio que será en este trabajo relevante: el de la división en funciones³⁹.

Entonces, si bien el poder público es uno solo, en su ejercicio, la división aparece a partir en el ejercicio de las funciones⁴⁰.

Se ha destacado que la Constitución argentina no sigue una identificación estricta entre poder constituido y función asignada. Consecuentemente, el modelo rígido de división de poderes

³⁹ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley 2ª ed. Ampliada y actualizada, Ciudad de Buenos Aires, 2009, página 23.

⁴⁰ Para profundizar el tema de la separación y división del Poder como diseño constitucional en el derecho nacional y comparado ver: BIANCHI, Alberto, “La separación de poderes y sus diferentes modelos en el derecho comparado. Primera parte: orígenes, formulación y críticas (*)”, *El Derecho Constitucional*, N°14330, 2018.

debe ser dejado de lado⁴¹ si lo que se pretende es asir el fenómeno en la actualidad. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la división de poderes debe entenderse de manera coordinada pues de otro modo se produce también fragmentación y concentración⁴². En idéntico sentido, ha sostenido *“tal “división” no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, en detrimento de un armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales”*⁴³.

Entonces, si bien el Estado tiene por causa fin la realización del bien común, y todo el poder público está a ello destinado, los actos jurídicos y operaciones materiales que lleva a cabo podrán identificarse con funciones: administración, jurisdicción, legislación⁴⁴.

A continuación, se intentará determinar cómo se califica una actividad como parte de una función específica y, en virtud de eso, cuál es el régimen jurídico que se le aplica. En ese punto radica la relevancia de la clasificación.

Puntualmente, el desarrollo conceptual sirve en este trabajo a efectos de delimitar la función administrativa. Porque, como se desarrolló en el capítulo 1, es necesario saber qué es función administrativa para identificar un contrato administrativo, en orden al concepto que se brindó de éste.

3.3. Cuestión a nivel doctrinal

Se han planteado diversos criterios para clasificar las funciones del Estado. Así, se destacará el orgánico o subjetivo, el material u objetivo y un tercer criterio mixto. En este último, agruparé posiciones de autores que toman como relevante más de un elemento para la calificación de la función.

3.3.1. Criterio subjetivo

Este criterio se caracteriza por tomar el sujeto como elemento definitorio de la función. Es decir, la cuestión relevante según él es quién tiene atribuida la función y es su titular. Se trata de un criterio que observa de manera rígida el modelo clásico de división de poderes. En este

⁴¹ BALBÍN, Carlos Francisco, *Curso...* Página 24.

⁴² CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis A. y otro”, Fallos: 313:1513, Considerandos: 16 al 19.

⁴³ CSJN, 02/12/1993, “Cocchia, Jorge c/Estado Nacional”, Fallos: 316:2624: Considerando 9.

⁴⁴ COMADIRA, *Curso...*, página 3.

sentido, identifica el poder constituido con la función principalmente asignada por la Constitución.⁴⁵

Así, el Poder Legislativo ejerce función legislativa, el Poder Judicial función jurisdiccional y el Poder Ejecutivo ejerce función administrativa.

La utilización de este criterio tiene dos consecuencias relevantes en lo que hace a la función administrativa: i) el Poder Ejecutivo sólo ejerce función administrativa, por lo tanto ninguna de sus actividades podrán encuadrar como función jurisdiccional o legislativa; ii) ninguna de las actividades desarrolladas por el Poder Legislativo ni por el Poder Judicial podrán ser encuadradas como función administrativa.

Se concluye que, en virtud de este criterio, cada poder ejerce de manera exclusiva y excluyente la función que es principalmente atribuida por el texto constitucional.

Como se advierte, se trata de una postura que desatiende tanto al contenido de la actividad como al texto constitucional desde su completitud. En efecto, no tiene en cuenta cuáles son las características relevantes de la actividad en orden a su sustancia, por caso si se trata de actividad abstracta o concreta, general o particular, continua o discontinua, el modo en que atiende al interés público, etc. Por otro lado, el propio texto constitucional atribuye, con matices⁴⁶, actividades propias de funciones ajenas a cada Poder, por ejemplo el artículo 99 inciso 3 o el artículo 76, casos en los que el Poder Ejecutivo ejercería función legislativa.

Entonces, el problema de este criterio para calificar las funciones es que no da cuenta de la realidad: no sirve al operador jurídico para identificar ante una actuación si está ante función administrativa, jurisdiccional o legislativa. En este sentido, engloba bajo la misma función actividades que están sujetas a regímenes jurídicos diversos⁴⁷.

3.3.2. Criterio objetivo

Según esta postura, el elemento relevante se encuentra en la sustancia, sustrato o contenido de la actividad.

⁴⁵ Nótese que me he referido a la atribución y a la titularidad de la función pues se trata de un criterio que no atiende al ejercicio de la función. En cambio, pone el foco en la atribución constitucional a cada “poder” e identifica con él la función.

⁴⁶ Se hará específico hincapié en esto al desarrollar el criterio objetivo y, particularmente en el apartado de mi perspectiva.

⁴⁷ Esta es la principal crítica que efectúa Fernando Comadira en su artículo ya citado “Apuntes...”.

Bajo esta perspectiva, para clasificar la actuación pública como ejercicio de una determinada función, es preciso observar sus notas características.

Así, se explica que lo que debe definir una institución es la sustancia y no la forma ni el autor porque estos son elementos contingentes⁴⁸.

En este sentido, para el autor mencionado legislar implica la creación de reglas de derecho y que sus características relevantes son la abstracción, la mediatez, la generalidad -si bien admite leyes individuales-. La función legislativa es la que mira al futuro porque prevé cómo atender a determinados intereses y no los atiende de manera directa, inmediata ni concreta. Fija las pautas para ello.

La función jurisdiccional implica la actividad de determinar el derecho objetivo en un caso concreto. Entonces, si bien es concreta, también es mediata pues la protección del derecho subjetivo solo es consecuencia de la tutela del derecho objetivo.

Asimismo, en esa línea de pensamiento, tanto la función legislativa como la función jurisdiccional abarcan actividades que no miran al presente, sino al futuro o al pasado; son actividades mediatas con respecto a la tutela de las necesidades del grupo social y de sus individuos; y son discontinuas en tanto no operan cotidianamente respecto de esas necesidades.

La función administrativa, por el contrario, se caracteriza por las notas de inmediatez, continuidad, practicidad, concreción y conexión con el tiempo presente. De este modo, fue conceptualizada como la actividad concreta, práctica que consiste en actos jurídicos y en operaciones materiales realizadas por los órganos administrativos con el objeto de lograr los fines que la motivan y, por eso, es inmediata. Además es continua. Puede consistir tanto en actos individuales como generales, tales son los reglamentos autónomos o de ejecución.

La principal consecuencia del criterio es que todos los Poderes estatales constituidos ejercen el total de las funciones asumidas por el Estado.

Por eso, la crítica central que se hace desde la posición teórica reseñada es que esta postura flexibiliza la división de poderes a un punto tal que se diluye. Además, se sostiene que, al

⁴⁸ MARIENHOFF, Tratado..., página 47.

igual que el criterio subjetivo, engloba bajo la misma función a actividades sujetas a regímenes jurídicos diferentes⁴⁹.

En este parecer se ha afirmado que *“las notas esenciales de la función administrativa son la concreción, continuidad e inmediatez para satisfacer mediante un régimen de derecho público las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran con la finalidad de alcanzar el bien común”*⁵⁰.

3.3.3. Criterio mixto

Ante las limitaciones que se identificaron en los criterios subjetivo u objetivo, se desarrollaron posturas que tienen en cuenta más de un elemento. Entonces, no es suficiente observar al sujeto del que emana la actividad o a su sustancia.

Así, se afirma que son relevantes tanto el sujeto que ejerce la actividad, el proceso de formación de la voluntad que se concretiza y el contenido o sustrato. También se ha atendido al modo en que el ejercicio del poder atiende al interés público.

Dentro de esta perspectiva, Julio Rodolfo Comadira⁵¹ destaca como centrales los elementos teleológicos, subjetivos, formales e, incluso, materiales.

En este sentido, considera como elemento teleológico el modo en que se atiende el interés público. Es decir, si bien toda la actividad del Estado debe tender a su satisfacción, la forma en que se tiende a ella resulta trascendente⁵². En virtud de este elemento, la actividad puede perseguir de forma inmediata o mediata ese interés, es la relación entre el poder atribuido y el fin buscado.

Como elemento subjetivo, se destacan los datos políticos de la conformación del órgano actuante. Es decir, si se trata de un órgano con representación popular, independiente e imparcial o cuyos vínculos están signados por la subordinación y la jerarquía.

El elemento formal observa al procedimiento que signa la actuación del órgano, sea deliberativo, contradictorio, mixto.

⁴⁹ COMADIRA, Fernando, página 2.

⁵⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato...*, página 22 nota 60.

⁵¹ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Curso...*, página 4.

⁵² Este punto es especialmente recortado y explicado por Fernando Comadira en “Apuntes...”

Por último, el elemento material se circunscribe, según esta postura, a la índole general o individual del acto que la traduce⁵³.

Desde esta perspectiva, la función administrativa es toda aquella actividad por la que el Estado satisface el bien común con inmediatez, en forma directa, concretando los mandatos legislativos, jurisdiccionales o directamente constitucionales a través de una estructura orgánica caracterizada por la relación de jerarquía estricta o atenuada, como la tutela, y que actúa según el procedimiento destinado a garantizar la legalidad y eficacia del accionar administrativo⁵⁴.

La función legislativa es la actividad por la que se determina cómo se debe atender el bien común pero no lo gestiona, desempeñada por un órgano con carácter representativo de la voluntad popular que actúa por medio del procedimiento deliberativo con miras al futuro⁵⁵.

Por último, la función jurisdiccional involucra la actividad por la que se atiende el bien común de manera mediata desarrollada por órganos independientes e imparciales por medio de actos individuales de acuerdo a procedimientos legislativamente establecidos⁵⁶.

Como se puede notar, según este criterio, la función administrativa puede ser desempeñada por cualquiera de los tres Poderes, pues el elemento subjetivo destacado es la estructura marcada por relaciones de jerarquía y subordinación. Con lo cual, si en el ejercicio de cierta actividad en el ámbito del Poder Judicial se presentan este tipo de relaciones estructurales, bien podría haber desarrollo de esta función. Lo mismo ocurriría con el Poder Legislativo, e inclusive con entes públicos no estatales y entes privados. Porque la única limitación subjetiva de la definición de función administrativa está dada por la estructura orgánica y los vínculos que la determinan⁵⁷.

⁵³ Al referir a la clasificación según el criterio material, se destacó que los elementos considerados por la postura de MARIENHOFF como notas típicas a nivel de contenido incorporan otros también dentro de ella.

⁵⁴ COMADIRA, *Curso...* páginas: 4 y 5.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ En cambio, Gordillo sostuvo un criterio mixto determinado por la suma del criterio orgánico y material. De manera que resulta excluyente el órgano propiamente: *“De todo ello se desprende que podemos definir claramente las funciones legislativas y jurisdiccional mediante la unión de los criterios orgánico y material; y que por exclusión, con criterio negativo, podemos entonces definir a la función administrativa. La función legislativa sería la producción de normas jurídicas generales realizada por el Poder Legislativo; la función jurisdiccional sería la resolución con fuerza de verdad legal de contiendas entre partes, realizada por el Poder Judicial (es decir, por órganos independientes y relativamente estables); la función administrativa sería “toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y*

Por lo expuesto, según esta posición teórica, el escenario de las funciones quedaría armado:

i) las funciones legislativa y jurisdiccional serían desarrolladas, en principio, con carácter excluyente, por el Poder Legislativo y por el Poder Judicial, respectivamente. Destaco “en principio” porque, dadas las características del elemento subjetivo exigido por las definiciones brindadas - órgano con representación popular (función legislativa), independiente e imparcial (función jurisdiccional)-, si ellas se presentaran en el ámbito de los otros poderes, nada impediría el ejercicio de las funciones respectivas⁵⁸;

ii) la función administrativa sería desarrollada por el Poder Ejecutivo y por los otros Poderes en la parte de actividad que no reúna las características típicas de las funciones legislativa y jurisdiccional.

Nótese que en la consecuencia ii) se revela el carácter residual que la función administrativa asume desde este posicionamiento teórico.

Desde otro punto de vista, también según un criterio mixto de la calificación de las funciones del Estado, puede arribarse a la conclusión de que los tres poderes constituidos desarrollan las tres funciones. La división de poderes se mantiene pero la separación de funciones se asume con matices⁵⁹.

Desde esta perspectiva, cada poder conserva un núcleo de actividades propias de su función específica pero también ejerce competencias ajenas con carácter complementario o excepcional. Aquellas competencias complementarias son las que se ejercen a efectos de hacer posibles las actividades que forman el núcleo propio. En cambio, las ejercidas de

jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales.” Dicho de otra forma, “*es administración todo lo que no es, orgánica y materialmente a la vez, ni legislación ni jurisdicción.*” Ver en GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo3.pdf (Acceso el 15/02/2019).

⁵⁸ De hecho, J. R. Comadira puntualiza esta idea en el caso de la función jurisdiccional al referirse al artículo 42 de la Constitución Nacional, post reforma de 1994: “*A nuestro juicio, esta previsión constitucional interpretada en su marco histórico y con la impronta técnica que deriva de la locución conflictos, permite considerar que habilita, y ¿por qué no?, contiene un mandato al legislador referido a la instrumentación de medios de prevención y solución de conflictos no judiciales. (...) Siendo así, es, pues, no sólo posible, sino incluso necesario, pensar en la creación de un órgano administrativo con competencias jurisdiccionales, dotado de las garantías formales de independencia e imparcialidad (...) El conflicto requiere (...) que la determinación del derecho controvertido sea realizada por un tercero independiente e imparcial.*” en COMADIRA, *Curso...* páginas 14 y 15.

⁵⁹ BALBÍN, Carlos Francisco, *Curso...*, página 23.

manera excepcional, atienden a equilibrar los tres poderes en el juego de frenos y contrapesos instaurado por nuestro sistema constitucional⁶⁰.

La clave desde esta perspectiva y, estimo, su aporte a la comprensión del fenómeno, son los tres tipos de relación que marca entre poderes y funciones: exclusión, complementariedad y excepción.

En primer lugar, la exclusión consiste en que cada Poder conserva un núcleo de competencias propio de la función que, desde un punto de vista clásico, lo identifica: el Poder Legislativo crea normas de derecho hacia el futuro, el Poder Judicial aplica esas normas a un caso concreto decidiendo el derecho objetivo entre partes, el Poder Ejecutivo concreta las normas a través de decisiones continuamente. Dentro de ese núcleo hay un cúmulo de competencias que solo podrá ejercer ese Poder y respecto del que los demás quedan fuera.

Así, a modo ejemplificativo, el Poder Legislativo legisla en materia aduanera; establece los derechos de importación y exportación; impone contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias; etc. (artículo 75 incisos 1 y 2 CN). El Poder Judicial conoce y decide todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación, y por los tratados con las naciones extranjeras (artículo 116 CN). El Poder Ejecutivo es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país (artículo 99 inciso 1 CN).

En segundo lugar, la complementariedad se presenta: cuando un Poder ejerce actividades que, materialmente, integran una función ajena a éste pero necesarias para la realización de las propias.

El Poder Legislativo ejerce competencias materialmente ejecutivas, vinculadas con su organización o ámbito interno, como los actos que dicte el Congreso respecto de su personal, de sanción, de remoción, etc.

El Poder Judicial ejerce función administrativa, vinculadas con su organización y administración interna por caso las de superintendencia de la Corte Suprema respecto de sus subordinados por razón de jerarquía.

⁶⁰“¿Cómo debemos definir, entonces, el principio de división de poderes? Cada poder conserva un núcleo esencial no reductible de facultades propias que coincide con el concepto clásico material y a su vez avanza sobre competencias de los otros poderes con ciertos matices.” BALBÍN, *Curso...* página 24.

El Poder Ejecutivo ejerce competencias materialmente legislativas por razones de concurrencia cuando dicta reglamentos necesarios para la ejecución de leyes.

En tercer lugar, la excepción destinada a equilibrar los Poderes aparece: cuando la realización de actividades de una función extraña a la propia no está vinculada con ellas.

El Poder Legislativo ejerce función administrativa por razón de excepción cuando contrae empréstitos públicos (artículo 75 inciso 4 CN), y función judicial por la misma razón cuando lleva a cabo un juicio político.

El Poder Ejecutivo, por razones de excepción, ejerce función materialmente legislativa cuando dicta decretos de necesidad y urgencia y función materialmente jurisdiccional cuando resuelve conflictos por medio de tribunales administrativos.

Desde otra perspectiva, dentro de este criterio se ha ubicado Rodolfo Barra, con la particularidad de que su análisis escinde el concepto de actividad del de función. De este modo, la actividad sería aquella identificada bajo el criterio material; en cambio, la función se determina por un componente de procedimiento, uno de competencia y uno orgánico. Según tal postura, la distinción determina que a la misma actividad le sean aplicables diferentes regímenes jurídicos. Pues se trataría de distinta función⁶¹.

3.4. Cuestión a nivel jurisprudencial

La Corte Suprema de Justicia ha admitido el ejercicio de función administrativa tanto por parte del Poder Legislativo como por parte del Poder Judicial.

En primer lugar, como ya se mencionó previamente en la introducción de este capítulo, el Máximo Tribunal ha advertido la necesidad de interpretar la división de poderes asumida por nuestra Constitución de conformidad con una perspectiva que tienda a garantizar la subsistencia y el funcionamiento del Estado⁶².

En segundo lugar, en cuanto a la admisión del ejercicio de funciones extrañas a las identificadas con cada poder constituido, el Tribunal recorrió un camino del rechazo a la admisión. En algunos casos, se dedicó específicamente a determinar las condiciones en que

⁶¹ BARRA, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Principios. Fuentes*, Ábaco De Rodolfo De Palma SRL 1º, Ciudad de Buenos Aires, página 225.

⁶² CSJN, 02/12/1993, “Cocchia, Jorge c/Estado Nacional”, Fallos: 316:2624.

tales ejercicios podían ocurrir. Tal lo que sucedió con la admisión de función jurisdiccional por parte del Poder Ejecutivo.

En este sentido, respecto del ejercicio de función administrativa por parte del Poder Legislativo, en el año 1988 en el fallo recaído en la causa "Persoglia"⁶³ el Tribunal la admitió⁶⁴.

Por otro lado, en relación con el ejercicio de función administrativa por el Poder Judicial, el Tribunal en la causa "Bonis y otros"⁶⁵ en 1989 expresó una acordada dictada es un reglamento administrativo y debió ser impugnado por reclamo en sede administrativa antes de acudir a instancia judicial. Posteriormente, en el año 1992 en la causa "Rodríguez Varela"⁶⁶ admitió el ejercicio de la función, a nivel excepcional dado que el derecho de defensa se había vulnerado⁶⁷.

Finalmente, en la causa "Charpin"⁶⁸ tuvo oportunidad de manifestar que se trataba de un acto típicamente administrativo revisable judicialmente en las mismas condiciones en que puede serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia, con prescindencia del departamento del gobierno del que emanare⁶⁹.

En relación con el ejercicio de función materialmente legislativa por parte del Poder Ejecutivo, la CSJN tuvo un importante rol. Pues la posibilidad del dictado de actos de esta naturaleza, se admitió antes por el Tribunal que por la Constitución. Con lo cual, la creación

⁶³ CSJN, 10/3/88, "Sergio Damián Persoglia c/Provincia de Buenos Aires (Honorable Senado)", Fallos 311:260.

⁶⁴ El actor impugnó el acto de cesantía dispuesto por la vicegobernadora de Buenos Aires en ejercicio de la presidencia del senado. La Suprema Corte de la Provincia había entendido que son irrevisables judicialmente las atribuciones conferidas a la presidencia del senado y además entendió que no había acto administrativo porque no había sido dictado por autoridad administrativa. La CSJN expresó que aunque no dimane del poder administrador se trata de una función típicamente administrativa.

⁶⁵ CSJN, 3/10/89, "Bonis, Pedro Luis y otros s/ amparo" Fallos: 312:1891.

⁶⁶ CSJN, 23/12/92, "Rodríguez Varela, Florencio c/Corte Suprema de Justicia de la Nación s/ordinario" Fallos: 315:2990.

⁶⁷ El actor había sido dejado cesante por la Corte Suprema en ejercicio de facultades de superintendencia. El voto de mayoría sostuvo que es inconveniente institucionalmente la revisión por tribunales inferiores de las decisiones de la CSJN pero que ello no se puede extender a este caso porque para que no fuesen revisables debió haberse cumplido con el sumario previo con participación de la parte interesada. En este caso entonces la regla de la irrevisabilidad judicial debe ceder ante la vulneración del derecho de defensa.

⁶⁸ CSJN, 8/01/2008, "Charpin, Osvaldo José René c. E.N.-Poder Judicial de la Nación CSJN- s/empleo público". Fallos: 331:536.

⁶⁹ Para ampliar el tema específico del ejercicio de función administrativa por parte del Poder Judicial, ver: JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "El control judicial de la función administrativa de los poderes Legislativo y Judicial", *Revista El Derecho*, 01/02-678.

pretoriana que inició con el fallo recaído en la causa “Peralta”⁷⁰ en el año 1990, luego fue consolidada en la reforma constitucional de 1994. Del mismo modo, la admisión del ejercicio de función legislativa por parte del Poder Ejecutivo tuvo desarrollo en la sentencia recaída en la causa “Cocchia”⁷¹ en 1993, en el particular discernimiento de la posibilidad de delegación.

Por último, en cuanto al ejercicio de función materialmente jurisdiccional por parte del Poder Ejecutivo, el Tribunal se manifestó en la causa “Ángel Estrada”⁷² en el año 2005 y planteó cuáles eran las condiciones necesarias para que tal ejercicio fuera procedente.

3.5. Mi opinión

Después de este breve recorrido por el tratamiento que tuvo la cuestión a nivel doctrinal y jurisprudencial, expondré el concepto de función administrativa que tomaré para este trabajo. En primer lugar, cada poder constituido tiene asignada una función predominante por el texto constitucional.

Sin embargo, el mismo texto pone a cargo de Poderes actividades que, desde el criterio material, implican función ajena. Por ejemplo: función legislativa al Poder Ejecutivo, a través de sus artículos 99 inciso 3 y 76; función jurisdiccional al Poder Ejecutivo a partir de su artículo 42⁷³; función administrativa al Poder Legislativo a través del artículo 66⁷⁴; función administrativa al Poder Judicial a partir del artículo 113 y 114⁷⁵.

Entonces, es necesario suscribir un criterio que las distinga y delimite, en razón del respeto al sistema republicano de gobierno, pero que alcance para:

- i) dar cuenta de sus notas relevantes en orden al contenido de la actividad;

⁷⁰ CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía -Banco Central-)”. Fallos: 313:1513.

⁷¹ CSJN, 2/12/1993, “Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo” Fallos: 316:2624.

⁷² CSJN, 5/04/2005, “Ángel Estrada y CIA. S.A. c/ Resol. 71/96 - SEC. ENER. Y PUERTOS (Expte. N°750-002119/96) s/Recurso Extraordinario Fallos: 328:651.

⁷³ Postura de Julio Rodolfo Comadira que ya expuse y comparto.

⁷⁴ Poder para corregir a un miembro por desorden de conducta.

⁷⁵ Potestad para nombrar a sus empleados -artículo 113-, facultades de administración al Consejo de la Magistratura -artículo 114-.

ii) dar cuenta de la “realidad jurídica” tomando como pautas determinantes al texto constitucional y a la postura desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como última intérprete.

A simple vista, el criterio objetivo satisfaría los objetivos expuestos. Sin embargo, en puridad, no tiene en cuenta la relación entre el desarrollo de las distintas funciones por parte de un mismo poder: exclusividad, complementariedad y excepcionalidad⁷⁶.

Entonces, considero que el criterio material en tanto atiende al contenido de las actividades que involucra cada función, a sus notas relevantes, es el que mejor responde a los objetivos expuestos si le añadimos la particular relación entre ellas.

Ese criterio implica una lectura del criterio objetivo o material adecuada a los expuestos mandatos constitucionales.

De este modo, la división de poderes no se diluye, se respeta el sistema republicano de gobierno; y, paralelamente, se comprende el fenómeno a la luz de la realidad jurídica. Entendida esta última como el texto de la norma positiva y la interpretación que de ella hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación -cuya autoridad fundamental reside en su condición de último intérprete de la misma-.

Por lo expuesto, se colige: la función administrativa es la actividad desarrollada en ejercicio de poder público para satisfacer interés público de manera concreta, continua, inmediata y directa cumpliendo mandatos legislativos, judiciales o directamente constitucionales. Es la parte nuclear de la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo y la parte de actividad complementaria o excepcional que desarrollan el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como toda actividad desarrollada bajo esos parámetros por un sujeto delegatario del poder público -sea ente público no estatal o ente privado-.

Respecto del señalado⁷⁷ carácter residual de la función administrativa, considero que ella asume, respecto del Poder Legislativo y Ejecutivo, un importante carácter complementario, más que residual.

⁷⁶ BALBÍN, *CURSO...*, página 27.

⁷⁷ COMADIRA, *CURSO...* pág. 5; COMADIRA, Fernando, pág. 4; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, pág. IADA-III-8, consultado el 5/01/2019 en https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo3.pdf IADA -III-8.

Conforme antes se desarrolló, la relación de complementariedad entre las funciones da cuenta de la necesidad de un poder de cumplir tareas que, materialmente, implican una función ajena. Puntualmente, ocurre con la función administrativa respecto de la organización interna del Poder Judicial y Poder Legislativo. Implica, por ejemplo, la designación del personal en los cargos, el pago de los salarios, el control sobre el cumplimiento de normas de comportamiento, la aplicación de sanciones a los empleados ante incumplimientos, la compra de bienes necesarios para el desarrollo de las actividades cotidianas, la adquisición del servicio de limpieza de los edificios, etc.

De conformidad con ello, existe un gran volumen de actividad necesaria para el desarrollo de las tareas propias de los Poderes Legislativo y Judicial que debe cumplirse para garantizar su funcionamiento. Esta actividad involucra el ejercicio de función administrativa, de manera complementaria a las funciones legislativa y jurisdiccional.

Sin embargo, a esta razón que justifica el carácter residual debe añadirse otra que reside, propiamente, en el texto constitucional y en datos históricos: la limitación del poder para evitar los excesos.

En cuanto al texto constitucional, existe un mandato prohibitivo específico respecto del ejercicio de las funciones legislativa y jurisdiccional por parte del Ejecutivo. Efectivamente, los artículos 29 y 109 de la Constitución establecen esas prohibiciones como reglas que, luego en el propio texto, presentan excepciones -cuando el Poder Ejecutivo tiene atribuida función legislativa y jurisdiccional-.

En lo relativo a los datos históricos, la limitación del poder público del Estado comenzó desmembrando las funciones jurisdiccional y legislativa, apartándolas del titular de las tareas de ejecución.

Entonces, se puede notar que la justificación del carácter residual de la función administrativa se abre en dos caminos: Uno vinculado con la organización interna de las estructuras de las instituciones públicas; otro con el control del poder para evitar su concentración en el Ejecutivo⁷⁸.

⁷⁸ Como ya se explicitó anteriormente, es preciso tener presente la diferencia entre el ejercicio de la función por parte de los poderes del control que de ese ejercicio se haga. Ese control será intra poder o extra poder y, dentro de este último, el gran protagonista es el Poder Judicial.

De acuerdo con lo explicado, la función administrativa comprendería actividades necesarias para la organización interna de las estructuras institucionales. Ahora bien, a la par de esas actividades, existe un cúmulo de tareas involucradas en la función que no se identifican estrictamente con ellas: las que sólo puede concretar el Poder Ejecutivo, las exclusivas y excluyentes.

Efectivamente, hay un ámbito propio de la función administrativa que los poderes judicial y legislativo no ejercen y es el de la gestión continua del interés público, el de la toma de medidas para satisfacer las necesidades del grupo social y de sus miembros integrantes.

En este sentido, se ha descrito a la administración como “gestión de bienes” y cuando ella es pública la particularidad es que ese bien es el bien común. Por eso, el Estado sería el administrador de ese bien común y los administrados sus acreedores. Si bien todo el Estado administra bien común, el Poder Judicial y el Poder Legislativo tienen una administración limitada a la solución de conflictos jurídicos intersubjetivos y a la creación de normas con jerarquía de ley, respectivamente⁷⁹. Efectivamente, desde esta perspectiva, el Poder Ejecutivo asume el rol preponderante en la gestión del bien común, gestión entendida como distribución.

Concuerdo con la posición descrita y considero que ese núcleo de actividad exclusivo y excluyente del Poder Ejecutivo es su porción de función administrativa privativa.

Este ámbito de la función administrativa implica un conjunto de operaciones específicas: la evaluación de las necesidades a satisfacer, la ponderación entre ellas a fin de determinar prioridades, la elección de cuál de ellas será satisfecha, la evaluación de las acciones disponibles para su satisfacción, la elección de la acción. Estas operaciones demandan conocimientos técnicos y capacidad de gestión. En razón de ello, la estructura orgánica de la administración está dotada de órganos políticos acompañados de órganos de asesoramiento técnico.

Entonces, la función administrativa (al igual que la jurisdiccional -respecto del Poder Judicial- y legislativa -respecto del Poder Legislativo-) presenta un núcleo de actividades privativo del Poder Ejecutivo.

⁷⁹ BARRA, Rodolfo, *Tratado...*, página 225.

De más está afirmar a esta altura del análisis que la existencia de un ámbito nuclear de función administrativa exclusivo y excluyente del Poder Ejecutivo no lo excluye del control, cuyo alcance asumirá matices que exceden el presente trabajo.

Por todo lo expuesto, la función administrativa es el conjunto de actividades desarrolladas en ejercicio de poder público para satisfacer de manera inmediata, directa, concreta y continua el interés público, ejercido de manera exclusiva por el Poder Ejecutivo, complementaria por los tres Poderes constituidos, y de manera exclusiva y complementaria por entes públicos no estatales o por entes privados a los que se haya delegado tal función, en cumplimiento de mandatos legislativos, judiciales o directamente constitucionales.

3.6. Conclusiones parciales

En razón de la línea argumental de este trabajo, fue necesario dilucidar el concepto de función administrativa. Para eso fue preciso recorrer un camino que tuvo en cuenta el desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

Puntualmente, se destacó que encontrar la definición no es tarea sencilla porque una división clásica y rigurosa que identifique a cada uno de los tres poderes constituidos con una función de manera lineal no da cuenta de la realidad.

Entonces, en la búsqueda de asir un concepto útil en tanto recepte el fenómeno de la realidad jurídica actual, se desarrollaron varias posturas.

Las posturas teóricas fueron agrupadas según el elemento definatorio al que recurrieron. Así, repasamos las ideas de criterios que tuvieron en cuenta al sujeto que concreta la actividad, a su objeto o a más de un elemento.

El criterio que tiene en cuenta más de un elemento definatorio de la función se denominó mixto.

Se advirtió que la observancia de un único elemento definatorio era insuficiente para la conceptualización. Además, dentro del criterio mixto se ubicaron diferentes posicionamientos teóricos.

Dentro de estos últimos, coincidí con aquella postura que recepta la posibilidad del desarrollo de las tres funciones por los tres poderes, aunque con matices. Esos matices están dados por las relaciones entre el desarrollo de cada función por cada uno de ellos. Efectivamente, se

advirtió que cada poder conserva un núcleo de actividades propio de su función con carácter exclusivo y excluyente y, por otra parte, desarrolla actividades con carácter excepcional o complementario. Estas últimas implican el desarrollo de funciones ajenas.

De esta manera, se respeta el sistema republicano de gobierno en tanto no se suprime ni diluye la división pero se atiende a la realidad jurídica conforme a las pautas del texto constitucional.

Entonces, la función administrativa es el conjunto de actividades desarrolladas en ejercicio de poder público para satisfacer de manera inmediata, directa, concreta y continua el interés público, ejercido de manera exclusiva por el Poder Ejecutivo, complementaria por los tres Poderes constituidos, y de manera exclusiva y complementaria por entes públicos no estatales o por entes privados a los que se haya delegado tal función, en cumplimiento de mandatos legislativos, judiciales o directamente constitucionales.

4. Fundamento y fuente de las prerrogativas

En este capítulo se pondrá de relieve que el régimen exorbitante propio de la función administrativa en el ámbito contractual presenta prerrogativas que son inherentes a la función y tienen, por tanto, fuente constitucional.

4.1. Régimen exorbitante

Luego de conceptualizar la función administrativa, es preciso ingresar en su régimen propio. Puntualmente, dar cuenta de qué se entiende en este trabajo por ese régimen pues, a partir de allí, se reconstruirán los argumentos justificativos de las prerrogativas exorbitantes.

En primer lugar, debe dejarse de lado la idea de que la exorbitancia se define por vía de comparación con el régimen propio del derecho privado. Porque esto implicaría entender que el derecho privado es el derecho común y el derecho público es el derecho residual. No comparto esta postura, pues estimo que se trata de dos esferas del derecho signadas por la persecución de intereses diferentes⁸⁰.

En este sentido, Barra critica la definición del derecho público sobre la base de un análisis comparativo, a modo residual. Sostiene que es insuficiente y que desconoce la relevancia de aquello que sustenta la diferencia, esto es aquella fundamentación del régimen público. Efectivamente, la exorbitancia, bajo la perspectiva comparativa, operaría tanto desde el derecho privado respecto del derecho público como a la inversa, ya que se trata de regímenes diferenciados en razón del distinto interés perseguido⁸¹.

Desde la perspectiva crítica a la noción residual, se ha puntualizado que el régimen exorbitante se caracteriza por el equilibrio entre prerrogativas públicas, sustanciales y procesales; y garantías del administrado, también sustanciales y procesales. Con lo cual, se

⁸⁰ COMADIRA, *Curso...*, página 15. Allí el autor sostuvo que el régimen exorbitante no puede ser entendido como indicativo de un ámbito residual por oposición a uno central que sería el del derecho privado. En igual sentido, BARRA, Rodolfo C. Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado.

⁸¹ BARRA, Rodolfo, “La sustantividad...”, página 2: “El Derecho público es tan exorbitante del Derecho privado como lo es éste con respecto a aquél. Simplemente se trata de sistemas jurídicos distintos, cada cual girando en su propia ‘órbita’ —si funcionan bien no se salen de la órbita, no se ‘exorbitan’— o elemento determinante, o idea rectora del sistema (7). La falta de consideración de este aspecto oscurece su inteligencia, reduciéndola a un mero ejercicio comparativo de ordenamientos positivos, lo que es útil, pero no suficiente, en la medida que desconocen tradiciones jurídicas, prácticas asentadas, organización, funcionamiento y metodología de decisión de los tribunales, diferencias idiomáticas, sentido de los conceptos, aun cuando sean posibles de una traducción textual.(...)”

afirmó que la exorbitancia está alejada de posturas autoritarias pues se trata de atender a los intereses individuales y a las prerrogativas públicas⁸².

Efectivamente, en esta línea de pensamiento, Rodolfo Barra explica que aquello que justifica la diversa regulación en el campo del derecho privado y en el campo del derecho público es el interés diverso que se persigue. En un caso prima el interés individual y en el otro el interés público, los que son identificados por este autor con la justicia conmutativa y la justicia distributiva, respectivamente.

Coincido con la postura referenciada. En efecto, considero que el régimen específico aplicable a la función administrativa está justificado por el interés que se persigue y, puntualmente, por la justicia distributiva. Ello en tanto, como se ha afirmado, tal función implica una particular relación con el bien común a distribuir. Pues, en definitiva, las tres funciones por tratarse de ejercicio de poder público, tienen como fin la satisfacción del interés público o la distribución del bien común.

4.2. Concepto de prerrogativa

Como se explicitó, el régimen exorbitante se integra por garantías y prerrogativas públicas. Pero es preciso ahora delimitar qué se entiende por ellas.

Habitualmente, se utilizan de manera indistinta conceptos como poder, potestad, prerrogativa, competencia, cláusula. En este trabajo es necesario distinguir esos términos y esclarecer cómo se toma cada uno de ellos.

La importancia de establecer el concepto de prerrogativa radica en su irrenunciabilidad, como desmembramiento del poder público⁸³.

El poder⁸⁴ es el atributo del Estado y, como tal, es único -como ya se ha afirmado en este análisis-.

⁸² COMADIRA, *Curso...*, página 6.

⁸³ MARIENHOFF, *Tratado...* página 480: “Tampoco debe confundirse “potestad” con “derecho”. Las potestades -inherentes a la supremacía estatal- son indispensables para que la Administración Pública realice sus funciones de interés general. De ello resulta que las potestades no son renunciables contrariamente a lo que ocurre con los derechos.”

⁸⁴ *Idem*, página 479: “No debe confundirse “poder” con “potestad”. Aquél es lo genérico, ésta lo específico: El poder es atributo del Estado, en tanto que la potestad, en lo que respecta a su ejercicio, puede ser prerrogativa inherente a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública.”

La potestad revela un desmembramiento del poder, se trata de un nivel de desagregación, son manifestaciones individuales del poder. La prerrogativa, por su parte, implica la instrumentación jurídica de esa potestad y, en definitiva, se identifica muchas veces con ella; otras veces, en cambio, implica otro nivel de desagregación. Así, la potestad de mando o imperativa, por ejemplo, se plasma en la prerrogativa de dirección y control que se presenta en un contrato administrativo⁸⁵.

En efecto, por una parte, se ha sostenido que las potestades administrativas son la reglamentaria, la imperativa o de mando, la ejecutiva o de gestión, la jurisdiccional y la sancionatoria⁸⁶; por otra parte el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, contempla expresamente como prerrogativas la de interpretación; modificación por razones de interés público; control, inspección y dirección; sanción; ejecución directa y revocación por razones de interés público⁸⁷.

En cuanto a las cláusulas, ellas son la expresión del contenido del contrato. En tanto el contrato se integra por una serie de previsiones destinadas a reglar una situación futura, las cláusulas exponen tales previsiones. Se destacan por su carácter voluntario, en oposición al resto de los conceptos que desarrollamos en este apartado.

En relación con las cláusula exorbitante y su carácter voluntario por oposición al régimen, en ella se funda un criterio de orden subjetivo y voluntarista; en cambio el régimen exorbitante es una noción constituida de elementos impuestos desde el exterior por la Constitución, la ley y el reglamento, y ajeno a la voluntad de las partes, y el criterio fundamentado en ella es de orden objetivo⁸⁸.

Por último, el concepto de competencia, si bien puede emparentarse con los anteriormente expuestos, debe ser diferenciado. Se ha afirmado que ella puede ser considerada como principio general del derecho, como principio jurídico de la organización administrativa o como elemento esencial del acto administrativo⁸⁹.

⁸⁵ MARIENHOFF, *Tratado...*, página 480

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Artículo 12 del Decreto N°1023/01.

⁸⁸ BARRA, Rodolfo, *Los actos administrativos contractuales...*, página 173:

⁸⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los criterios para determinar el alcance de las competencias”, en Aguilar Valdez, Oscar R. (ed.) *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Rap, 1ª ed., Ciudad de Buenos Aires, 2005, página 33.

Para este trabajo, resulta trascendente como elemento esencial del acto administrativo, en tanto considero que se trata del vehículo a través del cual la prerrogativa ingresa en la actuación concreta. En este contexto, la competencia se presenta como elemento del contrato: quien ostenta la competencia, suscribe el contrato.

No se desconoce, sin embargo, la relevancia de la competencia como principio de organización administrativa. Desde esa perspectiva, la competencia sirve para distribuir prerrogativas en los diferentes órganos o entes creados por sus titulares.

En definitiva, puede afirmarse que la competencia sería la medida del ejercicio del poder en el acto concreto y su titularidad, son los dos aspectos de la competencia: el objetivo y el subjetivo.

4.3. Criterios para delimitar las prerrogativas

De conformidad con los conceptos brindados y, especialmente, con la relación trazada entre el concepto de prerrogativa y el de competencia, en este apartado se toman indistintamente los términos poderes, prerrogativas y competencias.

Habitualmente se refiere a las prerrogativas según su forma de manifestación como expresas, implícitas o inherentes. No obstante, considero que entre ellas no media una relación de oposición por lo que no se excluyen unas con otras de manera indefectible.

Sintéticamente y en un esfuerzo de simplificación, se puede afirmar que las prerrogativas expresas son aquellas que están manifestadas en el texto por el legislador⁹⁰; las implícitas son aquellas que si bien no están manifestadas, surgen del texto como necesarias para el cumplimiento de las expresas; las inherentes surgen de la finalidad para la cual fue creado el órgano o ente que la ejerce.

4.3.1. Prerrogativas expresas, implícitas o inherentes

Como se puede advertir, de la clasificación efectuada surgen dos interrogantes. Por un lado, sobre la distinción entre los poderes implícitos e inherentes; por otro lado, sobre el criterio de identificación de los poderes implícitos e inherentes y su alcance.

⁹⁰ El término legislador se usa aquí como sujeto actuante en ejercicio de función legislativa. Puede por ello ser el constituyente, el Congreso, el Presidente, una cámara judicial, etc.

En cuanto a la distinción de los poderes implícitos e inherentes, se ha destacado que la clasificación debe hacerse oponiendo los poderes expresos a los tácitos y los explícitos a los implícitos⁹¹. De manera que no se excluyen entre sí los poderes expresos a los implícitos, pues responden a criterios de clasificación diversos. En efecto, entre los expresos y tácitos aquello que marca la diferencia es la forma en que se manifiesta la voluntad; en cambio entre los explícitos e implícitos difiere la intención del legislador al manifestar.

Por último, respecto de los poderes inherentes, se afirma que son los propios y originarios de cada uno de los órganos creados por la Constitución. Efectivamente, se diferencia a los poderes implícitos de los inherentes por considerar que los segundos resultan del federalismo y de la adopción por parte de la Constitución de la forma tripartita de gobierno.

En cuanto al criterio de identificación de las prerrogativas y a su alcance, es preciso recurrir al desarrollo analítico que efectuó Julio Rodolfo Comadira⁹² al referirse a los criterios para delimitar las competencias de los órganos.

En este sentido, se ha destacado una postura clásica y dos posturas que vinieron a romper con su estrictez. La postura clásica sostenía que la competencia era al sujeto público lo que la capacidad al sujeto privado, pero con la diferencia de que la regla es inversa: para el sujeto privado la regla es la capacidad; en cambio para el sujeto público la regla es la incompetencia. O sea, el sujeto privado puede hacer todo aquello no prohibido; el sujeto público puede hacer solo aquello expresamente atribuido (con base en el artículo 19 de la Constitución Nacional). Ahora bien, posteriormente, con el aporte de Juan Francisco Linares⁹³, se aborda en Argentina la perspectiva de la competencia sobre la base del principio de especialidad. Traído del derecho privado, el principio de especialidad para las personas jurídicas comenzó a funcionar para justificar competencias que quedaran encuadradas en la finalidad para la que fue creada la persona. En este sentido, también tuvo lugar el desarrollo del postulado de permisión amplia en tanto la competencia no deriva solo de los poderes expresos sino también de los razonablemente implícitos.

⁹¹ AJA ESPIL, Jorge, *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes*, Tipográfica Editora Argentina SA, Buenos Aires, 1987, página 155.

⁹² COMADIRA, Julio R., “Los criterios...”

⁹³ Idem, página 35.

En esta línea, se sostuvo que debe seguirse un procedimiento para determinar el alcance de la potestad atribuida a un órgano⁹⁴: primero, debe recurrirse siempre al texto expreso, que debe pasar la prueba de constitucionalidad; segundo, se recurre a los poderes implícitos en el texto expreso, los que podrán surgir como expresamente implícitos o implícitos propiamente dichos⁹⁵. Tanto los poderes expresos como los implícitos y los inherentes deben entenderse a la luz del principio de interpretación de la especialidad.

La especialidad es, en este enfoque, un criterio de interpretación para integrar las normas cuando su texto expreso no es prístino. No se trata de una fuente de atribución de competencia en sentido estricto.

Por otra parte, en un estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Argentina, en línea con el razonamiento expuesto, se ha analizado la especialidad como estándar de control judicial de la competencia⁹⁶. Puntualmente, el control judicial debe ser más estricto sobre los poderes implícitos que sobre los expresos y una buena guía para efectuar ese control es el principio de especialidad, según el cual la persona jurídica solo puede actuar dentro de los fines que inspiran su dictado. De manera que, dentro de los fines la regla es la competencia y fuera de ellos la regla es la incompetencia⁹⁷.

En cuanto a la jurisprudencia, se ha sostenido que si bien la CSJN partió de la clásica postura de la oposición que se traza sobre la base del artículo 19 de la Constitución Nacional -aquello que es regla para las personas privadas funciona como excepción para la persona pública, en tanto la primera puede hacer todo aquello no prohibido y la segunda solo puede hacer aquello

⁹⁴ Idem, página 40

⁹⁵ Idem, página 41: “Ejemplos del primer caso son, además del clásico precepto contenido ahora en el Artículo 75, inciso 32 de la Constitución Nacional, las cláusulas de los marcos regulatorios de la electricidad y del gas que atribuyen a los entes reguladores (ENRE y ENARGAS), entre otras funciones y facultades, “las de realizar todos los actos que sean necesarios para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de la ley y su reglamentación” (Arts. 56, inc. s), de la Ley N° 24.065, y 52, inc. x), de la Ley N° 24.076, respectivamente). Del segundo son, a su vez, ejemplo, aquellos supuestos en los que, como ha señalado Waline en la doctrina francesa, la competencia para dictar un acto entraña, de plano, la de signo contrario (v. gr., la de nombrar un funcionario implica la de removerlo), o los que se expresan en la idea del principio del paralelismo en las competencias, empleado, según indica Laubadere, en un arret del Consejo de Estado Francés del 10 de abril de 1959, en el que se asignó el poder revocatorio o modificadorio de un acto a su autoridad emisora.”

⁹⁶ BIANCHI, Alberto B, “Algunas notas sobre los poderes implícitos del gobierno”, *El Derecho Constitucional* 00/01-398, s/f, pág. 1: El autor afirma que tanto la jurisprudencia norteamericana como la argentina han reconocido de manera casi unánime los poderes implícitos de cada uno de los tres poderes. Toma el término implícitos para englobar tanto implícitos como inherentes.

⁹⁷ Idem, página 10.

expresamente permitido- posteriormente, en los casos concretos fue ampliando la perspectiva hasta hacerle lugar al principio de especialidad como criterio de interpretación⁹⁸.

Así, ha definido a los poderes implícitos como aquellos necesarios para el ejercicio de los expresamente conferidos⁹⁹; ulteriormente, ha sostenido que el principio de la libertad solo puede aplicarse a las personas en el orden privado y no a los poderes públicos¹⁰⁰. Luego, se toma el principio de especialidad como criterio integrativo de las normas al entender que de la competencia expresamente atribuida para organizar una cátedra surge la de suspender las clases ante una emergencia¹⁰¹.

Sin perjuicio de ello, se encarga de aplicar el principio de especialidad para limitar competencias. En efecto, por un lado se sostuvo que de la competencia para fiscalizar no se deriva la de regular¹⁰²; por otro, se interpretó a los poderes inherentes bajo el principio de la especialidad acorde con la distribución de funciones constitucional, de manera que el Poder Ejecutivo no podía disponer un arresto.¹⁰³

La Procuración del Tesoro ha sostenido el principio de especialidad como criterio interpretativo de competencias y, puntualmente, lo utilizó para determinar una prohibición cuando la competencia esté expresamente atribuida a otro órgano¹⁰⁴. Recientemente, se afirmó que el postulado de la permisión expresa se modificó y que en una postura de síntesis se definió el contenido de los poderes razonablemente implícitos mediante la especialidad y se precisó que los poderes inherentes son los que derivan de la propia naturaleza y existencia del órgano¹⁰⁵.

⁹⁸ Al respecto, Julio Rodolfo Comadira sostuvo que el principio de especialidad se aplica en los pronunciamientos del Alto Tribunal aún sin ser enunciado, pues deriva las facultades implícitas de los fines o funciones asignados por la Constitución Nacional a los órganos pertinentes. En: COMADIRA, Julio R., "Los criterios...", página 38.

⁹⁹ CSJN, 21/08/1877, "Lino de la Torre" Fallos 19:77.

¹⁰⁰ CSJN, 1887, "Sojo" Fallos 32:135.

¹⁰¹ CSJN, 24/02/1971, "Amengual" Fallos: 279:65.

¹⁰² CSJN, 16/06/1993, "Banco Shaw" Fallos: 316:1319.

¹⁰³ CSJN, 25/08/1998, "Antinori" Fallos: 321:2289.

¹⁰⁴ PTN Dictámenes 246:500. Brevemente, luego de desarrollar el posicionamiento doctrinario seguido, sostuvo: *"En efecto, en el proceso de estructuración de una organización administrativa, cuando se asigna la competencia a un órgano se efectúa en detrimento de la competencia de los otros órganos (principio de especialidad)."*

¹⁰⁵ PTN Dictámenes 306:342.

En este sentido, se puede verificar para el Alto Tribunal el principio de especialidad ha funcionado como criterio de interpretación y de integración, así como criterio de limitación. Efectivamente, cuando las competencias no han podido deducirse como contempladas en la finalidad del órgano o en lo razonablemente comprendido en las normas atributivas de competencia, funcionó para considerar al órgano incompetente.¹⁰⁶

A partir de lo expuesto surge, por un lado, que de la naturaleza del órgano como finalidad intrínseca para la que el órgano o ente fue creado pueden derivarse las competencias inherentes; por otro, que el texto de la norma expresa contiene competencias implícitas como aquellas necesarias para alcanzarlas. Asimismo, queda claro que las competencias expresas o implícitas de un órgano así como las que surgen de su esencia no pueden ser atribuidas a otro.

4.3.2. Síntesis: clasificación y alcance de las prerrogativas

En primer lugar, a nivel conceptual, puede colegirse que no media una relación de exclusión entre las prerrogativas expresas y las implícitas.

En segundo lugar, en lo relativo al alcance de las prerrogativas, adhiero al criterio expuesto en torno a considerar a la especialidad como criterio interpretativo para determinar ese alcance.

Expuesta la diferencia, para este trabajo es importante la noción de prerrogativas inherentes porque ellas son las ligadas a la esencia de un órgano o ente¹⁰⁷.

Como se afirmó en el capítulo anterior, cada función se define con independencia de quien la ejerce. Por eso, la inherencia de la prerrogativa se liga con la función más que con el sujeto. Efectivamente, dicha esencia fue identificada¹⁰⁸ con la forma de gobierno asumida por la Constitución Nacional. Coincido con esta perspectiva, pues se trata de otra manera de entender el texto constitucional a través de una hermenéutica integral que tiende a garantizar el funcionamiento del gobierno, en el marco de la división del poder signada por el tradicional esquema de frenos y contrapesos.

¹⁰⁶ Para analizar en profundidad esta lógica del Tribunal cabe remitirse al estudio de Julio Rodolfo Comadira en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *Elementos del derecho administrativo*, 1ed. 1ª reimp La Ley, Buenos Aires, 2006, páginas 406-442.

¹⁰⁷ El término esencia es utilizado en el sentido que le dio AJA ESPIL en *Constitución y poder...*, página 160.

¹⁰⁸ Ibid.

La forma tripartita de gobierno se revela a partir de la separación del poder público en distintas funciones. Con lo cual, cada función como fue prevista en el texto constitucional presentaría ciertos poderes que son inherentes a ella. Se trata de atender a cada función y al órgano que la ejerce desde una perspectiva de la finalidad que persigue.

En este sentido, como ejemplo típico de potestad inherente a la función administrativa¹⁰⁹, se ha señalado a la potestad revocatoria por razones de ilegitimidad de los actos ilegítimos. Coincido con esta perspectiva -como se verá en el punto 4.4- porque ello se sigue de la noción que se brindó de la mentada función.

4.4. Prerrogativas inherentes a la Administración general del país en los contratos administrativos

Después del recorrido efectuado, en el que se han dilucidado los conceptos de contrato administrativo, función administrativa, interés público y prerrogativas inherentes, cabe preguntarse: ¿cuáles son las prerrogativas inherentes a la función administrativa en los contratos administrativos?

En principio, el ejercicio del poder a través de función administrativa implica, como se desarrolló, la atención al interés público con continuidad e inmediatez. En ese sentido, continuamente se tiende a la satisfacción del interés público o distribución del bien común.

Para eso, se dispondrá de diversos mecanismos. No siempre el ejercicio del poder público a través de la función administrativa puede satisfacer necesidades sin el concurso de la voluntad del particular¹¹⁰.

A veces es preciso recurrir al contrato, como instrumento ligado a la colaboración del particular¹¹¹. Sin embargo, aún en el ámbito del instituto contractual, se ha afirmado que el régimen jurídico no puede otorgar iguales medios de actuación a sujetos que persiguen fines tan distintos¹¹². En este sentido, se sostuvo que en derecho público se parte de dos estándares opuestos a los del derecho privado. Mientras en el ámbito de este último priman la igualdad

¹⁰⁹ COMADIRA, Julio R., “Los criterios...”, página 42.

¹¹⁰ BARRA, *Teoría de los actos coligados...*, página 65.

¹¹¹ MARIENHOFF, página 47.

¹¹² BARRA, *Teoría de los actos coligados...*, página 84.

y la autonomía de la voluntad, en el primero priman la desigualdad en función del diverso interés perseguido y el marco autonómico de libertad está mucho más limitado¹¹³.

En este sentido, como ya expuse en el capítulo 2, la función administrativa determina el régimen jurídico del contrato cuando es celebrado en su ejercicio. Ella lo califica como administrativo y por eso las premisas de la igualdad entre partes y del imperio de la autonomía de la voluntad -propias del contrato de derecho privado- en estos contratos no operan con plenitud.

Justificada la existencia de prerrogativas en el plano contractual, es preciso analizar qué prerrogativas contractuales son inherentes a la función administrativa.

Amaré, para ello, un escenario de actuación hipotético:

Las operaciones materiales que desarrollará el titular de la función administrativa serán, como mínimo, las siguientes:

- i) evaluación de necesidad concreta a satisfacer a través de determinada prestación;
- ii) ponderación de esa necesidad como prioritaria respecto de otras que se dejarán de lado al satisfacer la elegida;
- iii) elección del medio jurídico para su satisfacción: en este caso, el contrato;
- iv) planificación del modo en que debe cumplirse la prestación;
- v) selección de la mejor oferta;
- vi) vigilancia sobre todos esos extremos durante la ejecución de la prestación.

Para la realización de estas operaciones, el titular de la función requiere de prerrogativas, que están justificadas por el carácter continuo de la función administrativa. Esto implica que la atención del interés público comprometido en el contrato no cesa ni se paraliza con la suscripción del texto contractual. Por lo que, si bien pueden asumir matices¹¹⁴, las prerrogativas deben tener vigencia durante toda la “vida” del contrato.

¹¹³ BALBÍN, Carlos Francisco, *Tratado...*, páginas 765-776. El autor a los fines de analizar bajo esa perspectiva las prerrogativas en los contratos administrativos, efectúa un pasaje por cada una de ellas comparándolas con el ejercicio de derechos en un contrato de derecho privado regido por el Código Civil y Comercial. Concluye que “las prerrogativas estatales son cuestiones de fondo –sustanciales- y de formas –procedimentales- que difieren del derecho privado”.

¹¹⁴ Esos matices estarán establecidos por la reglamentación razonable de las prerrogativas, a fin de dotar de seguridad jurídica al instituto.

De otro modo, la celebración de un contrato implicaría abdicar de responsabilidades constitucionales atinentes al ejercicio de función administrativa.

Como se puntualizó, las prerrogativas son irrenunciables¹¹⁵ por implicar parte del poder público, entendido éste como atributo y causa formal del Estado.

El núcleo de este razonamiento reside en los caracteres de continuidad e inmediatez que reviste la actividad comprometida en la función administrativa. De ellos se sigue que la celebración de un contrato no puede implicar una parálisis en las operaciones que integran la satisfacción continua e inmediata del interés público. Pues, de otro modo, la celebración de contratos en ejercicio de función administrativa sería inconstitucional: implicaría suspender el cumplimiento de los deberes propios de la función durante el plazo de vigencia contractual. Para que el contrato sea un instituto válido en el ámbito del ejercicio de función administrativa, es necesario que sea respetuoso del régimen exorbitante. Como ya se explicitó, éste conjuga un cúmulo de prerrogativas y garantías. Así se logra el equilibrio característico de este régimen.

4.4.1 Prerrogativas en la ejecución y en la extinción contractual

Entonces en el contrato administrativo, durante su etapa de ejecución, el titular de función administrativa cuenta con la posibilidad de¹¹⁶:

a) Exigir el cumplimiento de manera continua sin interrupciones. Dimana del principio de continuidad, que puede presentarse con mayor intensidad en contratos de concesión de servicios públicos, suministro y, con menor intensidad, en un contrato de obra pública.

¹¹⁵ CASSAGNE en un reciente trabajo desarrolla una postura diversa. Distingue entre la potestad y su ejercicio, la prerrogativa. Así sostiene que la primera es irrenunciable pero no así su ejercicio. CASSAGNE, Juan Carlos, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos. Tendencias actuales sobre el *ius variandi*”, La Ley AR/DOC/731/2018, 2018, página 3.

Discrepo con esta visión en función de que la renuncia al ejercicio de la potestad implicaría abdicar de una responsabilidad constitucional. Por el contrario, sí considero que puede regularse su ejercicio de modo de tornarlo previsible.

¹¹⁶ Se sigue el criterio teórico de Héctor Escola y Julio Rodolfo Comadira en *Curso...* páginas 885-903. Sin perjuicio de ello, se destaca que el autor desarrolla el tema dividiendo entre principios de continuidad y mutabilidad, y potestades de dirección y control, revocatoria, y sancionatoria. Considero que tanto la continuidad como la mutabilidad trasuntan prerrogativas y, en el marco del presente análisis, resulta más simple y clara la exposición si se agrupan del modo en que aquí se presenta.

Este principio se matiza cuando las causas de la interrupción en el cumplimiento por parte del cocontratante son imputables a la Administración o a causas fortuitas, tales son los casos del hecho del príncipe¹¹⁷ o la teoría de la imprevisión¹¹⁸.

El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional¹¹⁹ prevé la obligación del cocontratante de cumplir por sí la prestación salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato¹²⁰.

Más allá de la organización del artículo previamente citado, debe advertirse que los hechos que configuran el hecho del príncipe deben ser transitorios y no implicar la imposibilidad del cumplimiento si se pretende continuar con la prestación. En el caso de que sean hechos transitorios que puedan salvarse con la ayuda o auxilio de la Administración, podrá continuarse el contrato restableciendo la ecuación económico-financiera. En cambio, si los hechos determinan la imposibilidad de la continuación del contrato, entonces se estará frente a un supuesto de extinción anormal del contrato¹²¹.

Asimismo, dentro de este principio, pueden incluirse dos supuestos, la posibilidad de recurrir a la ejecución directa del contrato cuando el cocontratante no cumpliera y la imposibilidad de este último de oponer la excepción de incumplimiento. Según Cassagne el criterio de la

¹¹⁷ El hecho del príncipe “es toda decisión o conducta que emane de la misma autoridad pública que celebró el contrato administrativo y que ésta realiza en su carácter y condición de tal, que ocasione un perjuicio real, cierto, directo y diferencial respecto del cocontratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y que produzca una alteración anormal de su ecuación económica financiera.” ESCOLA y COMADIRA JULIO R., *Curso...* página 908.

¹¹⁸ “Es el medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico financiera en perjuicio del cocontratante particular, éste puede reclamar la ayuda pecuniaria de la Administración (...) debiendo ser siempre esas circunstancias ajenas a la voluntad del cocontratante (Marienhoff).” *Idem*, página 909

¹¹⁹ Si bien existen otras normas para contratos específicos -como por ejemplo, hemos tomado en el capítulo anterior, la Ley de Obra Pública N°13064 o la Ley de Concesión de Obras públicas- propongo al Régimen aprobado por el Decreto N°1023/01 para explicar este punto porque se trata del régimen general conforme su artículo 4 inciso a) última parte.

¹²⁰ Decreto N°1023/01, artículo 13 inciso c). Se ha destacado que si los hechos que configuran un hecho fortuito o fuerza mayor deben ser de origen natural -únicamente- y si el hecho del príncipe sólo puede consolidarse a partir de la autoridad de la misma esfera que la Administración contratante -nación, excluyendo provincias y municipios- queda sin respuesta el supuesto de conducta o decisión de esas autoridades. *Ibid.*

¹²¹ *Idem*, página 914.

razonable imposibilidad vulnera el principio de igualdad porque sólo podría ser alegado por el cocontratante en peor situación patrimonial.

Respecto de la posibilidad o imposibilidad de oponer la excepción de incumplimiento por parte del cocontratante, nuestro Máximo Tribunal determinó que sólo puede ser invocada cuando el incumplimiento de la Administración genere una “razonable imposibilidad de cumplir el contrato”¹²².

b) Mutar el contrato. Se traduce en la prerrogativa del *ius variandi* administrativo. La mutabilidad determina la prerrogativa de modificar los términos contractuales unilateralmente, durante su ejecución. Su justificación reside en que la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se hayan tornado inútiles.

Se trata, sin embargo, de una prerrogativa muy limitada. Se limita por la sustancia del contrato, para que por su medio no se celebre un contrato diferente y por la necesidad de preservar el equilibrio económico financiero del contrato¹²³. Las modificaciones pueden implicar un aumento o disminución de las prestaciones, pueden impactar en la duración y consolidar una prórroga, pueden impactar en la forma de cumplimiento, etc.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que para su procedencia legítima es necesario que la Administración alegue y demuestre el interés público comprometido en la modificación¹²⁴.

Desde otro punto de vista, se afirmó que no se trata de una prerrogativa contractual pues también se usa en los contratos privados¹²⁵.

Esta prerrogativa está expresamente prevista en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional¹²⁶. Allí tenemos expresa previsión de distintas formas de aplicación

¹²² CSJN, 02/03/1993, “Cinplast IAPSA.c/ ENTel s/ ordinario”, Fallos: 316:212.

¹²³ Al respecto la CSJN destacó: “Que, sin embargo, aún cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso de que los nuevos precios alteren la ecuación económico-financiera de la concesión.” CSJN, 30/06/1998 “Maruba S.C.A. c. Secretaría de la Marina Mercante” Fallos 308:01 Considerando 14.

¹²⁴ CSJN, 9/02/1989 “Marocco y Cía Sacifica v. Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario” Fallos 312:84.

¹²⁵ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Contratos administrativos: versión crítica”, en FARRANDO, Ismael (h) dir., *Contratos Administrativos*, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, página 453.

¹²⁶ Decreto N° 1023/01, Artículo 12 “a) La prerrogativa de (...) modificarlos por razones de interés público (...); b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un VEINTE POR CIENTO (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos; (...) g) La facultad de prorrogar (...)”

de esta prerrogativa, la modificación como herramienta en general -artículo 12 inciso a)- y luego el aumento o disminución de cantidades -artículo 12 inciso b)- y la extensión temporal del contrato -artículo 12 inciso g)-.

c) Dirigir y controlar el cumplimiento de la prestación. La prerrogativa de dirección y control que implica el poder de dar órdenes e instrucciones y se funda en que la Administración no puede ser ajena a la manera como va desarrollándose el contrato. Contempla cuatro aspectos, el material, el técnico, el financiero y el legal y su aplicación puede diferir bastante de un contrato a otro según su objeto puntual.¹²⁷

Se ha sostenido que no se trataría de prerrogativa contractual sino del ejercicio del poder de policía detentado por los entes reguladores de servicios públicos¹²⁸.

El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional la prevé como poder de control, inspección y dirección¹²⁹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expresar que la responsabilidad y autoridad del Estado no se detiene en el momento de la celebración del contrato porque *“ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control -el destacado me pertenece- de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación, y, por otra parte, afectaría el principio de igualdad en la licitación, ya que los demás oferentes, al momento de presentarse en aquélla, tuvieron en cuenta las pautas de posible modificación tarifaria posterior, y sobre esas condiciones efectuaron sus propuestas.”*¹³⁰

d) Imponer sanciones. Es la prerrogativa que se prevé como ligamen necesario de la de dirección y control pues ante el incumplimiento de órdenes e instrucciones, es preciso aplicar sanciones. Encuentra su fundamento en la necesidad de asegurar el cumplimiento, mediante la represión de las faltas que cometa el cocontratante¹³¹. Existe con independencia de su previsión expresa pero cuenta también con restricciones¹³².

¹²⁷ ESCOLA y COMADIRA JULIO R., *Curso...* página 887.

¹²⁸ PÉREZ HUALDE, página 453.

¹²⁹ Artículo 12 inciso c).

¹³⁰ CSJN, 30/06/1998 "Maruba S.C.A. c. Secretaría de la Marina Mercante" Fallos 308:01, considerando 10.

¹³¹ ESCOLA y COMADIRA JULIO R., *Curso...*, página 894.

¹³² Idem, página 895.

Debe haberse puesto en mora al incumplidor, deben estar sujetas a control judicial y solo podrán aplicarse sanciones administrativas, razonables, y no penales ni contravencionales y podrán ser pecuniarias, coercitivas o rescisorias¹³³. En este sentido, el Alto Tribunal tiene dicho que las sanciones impuestas deben respetar la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, para lo cual resulta indispensable que la persona en cuestión haya sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oída y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo¹³⁴.

Desde otras perspectivas doctrinarias, se ha sostenido que las prerrogativas no tienen raíz en el contrato administrativo en sí sino más bien en el servicio público que consolida su objeto¹³⁵.

No coincido con dicha posición en orden a que las prerrogativas descriptas se presentan en contratos cuyo objeto difiere del servicio público y esto se justifica por la presencia de la función administrativa que no solo aparece en el contrato de concesión de servicio público. Esto se vincula con la noción de función administrativa que he desarrollado.

Por otro lado, Gordillo sostuvo que las prerrogativas se presentan en mayor o menor medida según su cercanía a la aplicación de las normas de derecho público¹³⁶. Entiendo que la cuestión del modo en que se ejerzan las prerrogativas es materia de reglamentación a fin de que en la práctica pueda simplificarse su ejercicio y brindarse previsibilidad.

e) Revocar por razones de oportunidad, mérito o conveniencia el contrato administrativo. La prerrogativa revocatoria por razones de mérito oportunidad y conveniencia está fundada en la finalidad esencial de los contratos administrativos y de todo el accionar administrativo.

CSJN, 21/12/1999 “Tecsá S.A. c/ Segba S.A. s/ contrato de obra pública” “(...) *el poder de rescisión -aun cuando no esté expresamente contemplado en el contrato- constituye una prerrogativa que la Administración Pública tiene igualmente por estar ínsita en todo contrato administrativo. Mas la estipulación expresa no resulta enteramente superabundante, pues significa que en los casos que se determinen en los acuerdos de voluntades la rescisión debe sujetarse a lo establecido en ellos.*” Considerando 9.

Actualmente, en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional está prevista en el inciso d) del artículo 12.

¹³³ Idem, página 895.

¹³⁴ CSJN, 27/02/1986 “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Zubdesa SAC.I.F.I. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” Considerando 6.

¹³⁵ PÉREZ HUALDE..., página 448-449.

¹³⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, páginas 42-47.

Por eso, se sostuvo que es irrenunciable e independiente de su previsión expresa en el texto. No importa perjuicio para el cocontratante particular porque si bien es ejecutoria no hace cosa juzgada y puede impugnarse en sede judicial además existe un deber indemnizatorio.¹³⁷ Respecto de la extensión de la indemnización, se discute si debe acotarse su alcance o debe incorporar todos los rubros, puntualmente el lucro cesante. Efectivamente, si se considera que son aplicables los principios legales de la responsabilidad por actividad legítima del Estado, no debería indemnizarse el lucro cesante. Son los principios que sustentan la Ley de Expropiaciones¹³⁸ y de la Ley de Responsabilidad Estatal¹³⁹. Lo mismo ocurre con la expresa previsión del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional¹⁴⁰.

Sin perjuicio de ello, la última jurisprudencia del Máximo Tribunal sostuvo que debe ser indemnizado también el lucro cesante¹⁴¹.

f) Revocar por razones de ilegitimidad. Para analizar esta prerrogativa, me remito al estudio de la misma en el plano de los actos administrativos en general¹⁴². En efecto, el último párrafo de su artículo 7, modificado por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, manifiesta que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III, en cuanto fuere pertinente. Ese título se ocupa de los requisitos esenciales del acto administrativo e incluye, en cuanto aquí resulta pertinente, la calificación del acto regular e irregular así como el mecanismo para expulsar del mundo jurídico a un acto irregular.

¹³⁷ ESCOLA y COMADIRA JULIO R., *Curso...*, página 892.

¹³⁸ Ley N°21499, artículo 10, sólo se indemniza el valor objetivo del bien.

¹³⁹ Ley N°26944, artículo 5 en virtud del cual la actividad legítima del Estado sólo da lugar a indemnización del valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad.

¹⁴⁰ Último párrafo del inciso b) del artículo 12.

¹⁴¹ CSJN, 20/09/1984 "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería v. Dirección Nacional de Vialidad" Fallos 306:1409; CSJN, 24/05/1993 "Ruiz Orrico, Juan C. v. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) Fallos 316:1025; CSJN, 28/07/2005 "El Jacarandá SA v. Estado Nacional s/juicios de conocimiento" Fallos 328:2654; CSJN, 9/06/2009 "Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ Estado Nacional - P.E.N. - Dto. 1583/96 s/ daños y perjuicios" Fallos 332:1367; CSJN, 14/05/2014 "Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obr. y Servo Publ. s/ proceso de conocimiento" Fallos 337:548.

¹⁴² Ley de Procedimiento Administrativo N°19549, Título III.

Puntualmente, el sistema previsto en la Ley puede repasarse, brevemente¹⁴³, a partir de los artículos 7, 14, 15, 17 y 18 -en cuanto aquí se estima relevante-. En efecto, el artículo 7 determina cuáles son los elementos esenciales del acto administrativo; el artículo 14 y 15 califica en nulos o anulables los actos afectados por vicios en sus elementos, según la entidad del vicio; los artículos 17 y 18 establecen cuál es el deber de la Administración ante cada uno de esos actos -que denomina irregulares o regulares-.

Ante ese escenario, la Ley establece una clasificación binaria, los actos podrán ser nulos o anulables. Será nulo el acto que no tiene alguno de sus elementos esenciales o este presenta un vicio grave que desvirtúa su existencia. En cambio, será anulable aquél que presenta un vicio en un elemento que no reviste entidad como para desvirtuar su existencia.

El artículo 17 prevé que el acto nulo debe ser revocado en sede administrativa. Ese deber se consolida en la prerrogativa de revocación por razones de ilegitimidad.

Sin embargo, la Ley establece un límite a la prerrogativa cuando el acto nulo estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, salvo que el particular hubiera conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario¹⁴⁴. En tal caso, la Administración tiene otro deber: interponer ante el Poder Judicial la acción de lesividad.

Respecto de la anulación de oficio del acto administrativo, se ha sostenido que *“si la finalidad esencial de la función administrativa es proveer a la satisfacción del bien común o al interés público de modo directo o inmediato, resulta coherente concluir en que el restablecimiento también directo e inmediato, de la juridicidad vulnerada con el acto*

¹⁴³ El análisis del sistema de nulidades del acto administrativo puede profundizarse en SAMMARTINO, Patricio M. E., “Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, *Revista El Derecho* N°13.487, 2014, y, en posición más actual del mismo autor, “Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, La Ley, Cita Online: AR/DOC/3777/2016, 2017.

¹⁴⁴ Esta excepción fue trasladada del artículo 18, previsión para los actos regulares, a los actos irregulares en función de la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 321:169 sostuvo: “que las excepciones la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 – entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado– son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave”.

Esa doctrina fue reiterada en Fallos: 326:3700.

gravemente ilegítimo debe asumir el carácter de una verdadera potestad administrativa inherente al ejercicio de aquella función.”¹⁴⁵

En razón de la definición que se construyó de función administrativa y de prerrogativa inherente, resulta claro que ante el contrato ilegítimo el deber de la administración de extinguirlo en su sede¹⁴⁶ es una prerrogativa inherente a la función administrativa; pues si se trata de atender con inmediatez, dirección y continuidad al interés público queda sumida en su naturaleza la herramienta para sustraer del mundo jurídico al acto violatorio del ordenamiento jurídico.

4.4.2. Inherencia de tales prerrogativas a la función administrativa

En todos los casos, se advierte la importancia de la continuidad que caracteriza a la función administrativa. En este sentido, se sostuvo que la modificatoria es la prerrogativa “*de hacer coincidir, permanentemente, el objeto contractual con la razón de interés público que ella valora discrecionalmente (pero siempre con el límite del exceso de poder) en cada momento.*”¹⁴⁷; y respecto de la revocatoria se afirmó “*(...) la razón del interés público, que fundamenta al contrato, se coliga a todas sus etapas, por lo tanto dicho interés público debe encontrarse presente durante la ejecución del contrato para que éste encuentre una justificación para su continuación*”¹⁴⁸.

En cuanto a la revocación por razones de ilegitimidad, si la función administrativa implica la concreción de los mandatos constitucionales, legislativos y judiciales con inmediatez y en forma directa a fin de satisfacer el bien común¹⁴⁹, ante la constatación de que en el mundo jurídico existe un acto irregular¹⁵⁰ surge el deber de revocarlo.

Efectivamente, la tendencia continua a la satisfacción del bien común conlleva la garantía de que los actos desarrollados en su ejercicio serán legítimos. En tanto que lo opuesto, la constatación de un acto que es ilegítimo, trae consigo el deber de extinguirlo.

¹⁴⁵ ESCOLA y COMADIRA JULIO R., *Curso...*, página 504.

¹⁴⁶ Es decir, que las consecuencias derivadas de la pretensión anulatoria tienen ejecutoriedad propia. Ver ESCOLA y COMADIRA JULIO R., *Curso...*, página 539.

¹⁴⁷ BARRA, *Teoría de los actos coligados...*, página 115.

¹⁴⁸ Ídem, página 124.

¹⁴⁹ COMADIRA JULIO R., *Curso...*, página 3

¹⁵⁰ En los términos de la clasificación de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N°19549, artículos 17 y 18.

En lo relativo a la prerrogativa sancionatoria, existen controversias.

Se ha señalado que hasta quienes abogan por la postura de la inherencia de las prerrogativas, rechazan su inclusión¹⁵¹. No obstante, se sostuvo que de nada serviría la prerrogativa de dirección y control sin esta como consecuente¹⁵². En este sentido, se abogó por su carácter de prerrogativa inherente, independiente de la voluntad e irrenunciable.

Ante lo expuesto, las prerrogativas enumeradas son inherentes al ejercicio de función administrativa e integran el contenido contractual, independientemente de la voluntad plasmada en sus cláusulas.

Se ha afirmado de manera ferviente el peligro para la seguridad jurídica que acarrea sostener la tesis esgrimida¹⁵³.

Sin embargo, estimo que esa crítica se supera por un lado, con la concepción del régimen exorbitante como lo hemos desarrollado en el presente: equilibrado por prerrogativas y garantías¹⁵⁴; por otro lado, considero que la reglamentación razonable de las prerrogativas es la herramienta para asegurar la primacía de la seguridad jurídica. En tanto y en cuanto por medio de la reglamentación se determinen pautas claras de ejercicio de las prerrogativas sin desnaturalizarlas, ella garantizará seguridad jurídica sin menoscabar su existencia.

¹⁵¹ CASSAGNE, Juan Carlos, “Los contratos de participación público privada en la Ley 27328”, *Revista de Derecho Administrativo*, 2018, Cita Online AP/DOC/263/2018.

¹⁵² ESCOLA y COMADIRA JULIO R., *Curso...*, página 894.

¹⁵³ MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *Revista El Derecho*, 179-655; MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., “Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo*, Cita Online AR/DOC/2624/2018; CASSAGNE, Ezequiel, “Las asociaciones público-privadas en Argentina”, *Revista de Derecho Administrativo* N°107, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2016; DIANA, Nicolás, “Cuestiones generales del contrato de participación público-privada (PPP)”, *La Ley*, 26/04/2017; DE LA RIVA, Ignacio M., “¿Es la “participación público-privada” un nuevo contrato administrativo?”, *El Derecho* del 03/05/2017, acceso online 3/04/2019 http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/362-¿El_la_.pdf; GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, “Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado”, *Revista de Derecho Administrativo* N°107, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

¹⁵⁴ Específicamente, se ha destacado la garantía del mantenimiento de la ecuación económica financiera del contratista a fin de resguardar los derechos consagrados por la Constitución Nacional a la propiedad y a la igualdad ante las cargas públicas: “Se trata de un derecho de los contratistas que tiene base constitucional en las garantías constitucionales que aseguran que la propiedad es inviolable (arts. 14 y 17 de la CN) y, fundamentalmente, la que establece que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16 de la CN) (23). Dichas garantías vienen a compensar el peso de las prerrogativas, inusuales en el derecho privado, que el ordenamiento jurídico le atribuye a la Administración para intervenir unilateralmente sobre la relación contractual en aras de servir el interés público.” PERRINO, Pablo E, “Prerrogativas de la Administración en los contratos de participación público-privada”, *Revista de Derecho Administrativo*, 2018, Cita Online: AP/DOC/309/2018.

4.5. Impacto en la legislación analizada

De acuerdo con lo expuesto, las prerrogativas desarrolladas serían inherentes a la función administrativa y, por tanto, tendrían fuente constitucional. Esta aserción tiene un impacto directo en la legislación que, como se sabe, debe respetar el texto constitucional en orden a la supremacía constitucional garantizada en su artículo 31.

Entonces, el impacto de esta tesis en la legislación puede ser sistematizado, en líneas generales, según tres escenarios alternativos:

- i) la legislación en materia de contratos administrativos no regula las prerrogativas;
- ii) la legislación en materia de contratos administrativos regula las prerrogativas, estableciendo las normas para su ejercicio;
- iii) la legislación en materia de contratos administrativos suprime o desnaturaliza las prerrogativas.

Ante ello, la consecuencia sería:

- i) la legislación sería constitucional: la omisión impactaría en desmedro de la seguridad jurídica al no regular el ejercicio de las prerrogativas. Podría criticarse a esta opción por no brindar reglas claras respecto del modo en que se ejercerán las prerrogativas;
- ii) la legislación sería constitucional y la regulación sería la herramienta correcta para garantizar el imperio del régimen exorbitante, propio de la función administrativa, con seguridad jurídica;
- iii) la legislación sería inconstitucional.

En cuanto a cómo debe actuar el titular de la función administrativa respecto del caso iii), la respuesta no es pacífica. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han seguido diversos caminos¹⁵⁵.

La doctrina presenta una postura dividida, brevemente y ejerciendo una gran simplificación, entre quienes consideran que el Poder Ejecutivo debe aplicar la ley inconstitucional o inconvencional porque de otro modo se vulneraría el principio de división de poderes y

¹⁵⁵ Para profundizar este tema, se puede recurrir al profundo trabajo de COMADIRA, Julio Pablo, “La administración pública frente a la ley inconstitucional o inconvencional en el procedimiento administrativo”, en GOWLAND, Héctor Pozo, (et. al) *Procedimiento Administrativo*, 1ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, Capítulo XXV.

quienes estiman que el Poder Ejecutivo debería inaplicar esa norma¹⁵⁶. Dentro de estos dos grandes grupos se ubican autores que efectúan matices diversificadores de su postura.

Por su parte, Juan Pablo Comadira considera que ante una ley inconstitucional o inconvencional el deber del Poder Ejecutivo es inaplicarla por tratarse de una potestad inherente a la función administrativa conforme con el principio de juridicidad¹⁵⁷. Puntualmente, el deber de la Administración en un procedimiento concreto sería remitir el expediente al Poder Ejecutivo para que, previa intervención de la Procuración del Tesoro, decida o autorice expresamente la emisión de un acto administrativo que inaplique la ley inconstitucional o inconvencional y presente en el Congreso proyecto derogatorio de la norma¹⁵⁸.

Por otro lado, la Procuración del Tesoro en una primera etapa sostuvo que no podía la Administración declarar la inconstitucionalidad pero sí debía inaplicar la norma si viola manifiesta e indudablemente facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo; la Corte Suprema de Justicia de la Nación la haya declarado inconstitucional; o exista jurisprudencia de tribunales inferiores reiterada y constante en ese sentido.¹⁵⁹

Sin embargo, posteriormente, sostuvo “La Administración encuentra una valla imposible de sortear a la hora de resolver sobre la legitimidad de normas reglamentarias que han sido dictadas partiéndose de la constitucionalidad de una norma legal cuyo control en tal sentido no le compete.”¹⁶⁰

Recientemente¹⁶¹, se sostuvo que al Poder Ejecutivo “...no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ellas, por revestir el control de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo una facultad privativa del Poder Judicial”.

Luego¹⁶², se vuelve a exponer el criterio del deber de la Administración de abstenerse de aplicar norma inconstitucional por el respeto a la supremacía constitucional –conforme Dictámenes 84:102-.

¹⁵⁶ Ídem, páginas 835-845.

¹⁵⁷ Ídem, página 847.

¹⁵⁸ Ídem, página 857.

¹⁵⁹ Dictámenes 84:102

¹⁶⁰ Dictámenes 262:176.

¹⁶¹ Dictámenes 280:143, tesis reiterada en Dictámenes 285:212, 292:169.

¹⁶² Dictámenes 293:205.

Se observa entonces que el criterio presentaba idas y vueltas que no aportaban claridad al interrogante. Sin embargo, en 2016 se emitió un dictamen que vino a esclarecer la postura del órgano. En efecto, en Dictámenes 298:207 se estableció que el control de constitucionalidad de las normas es una facultad privativa del Poder Judicial y a la Administración sólo le corresponderá inaplicar una norma cuando la situación fáctica y jurídica del caso bajo su análisis sea idéntico a aquél en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad. Efectivamente, según las pautas allí sostenidas, aún el análisis de las posibles semejanzas trascendentes de los casos excede las competencias de la Administración. Este criterio fue reiterado en Dictámenes 300:158, última expresión del órgano respecto del tema analizado.

En definitiva, estimo que se trata de ponderar el deber de la Administración de velar por el imperio de la juridicidad -que incluye el respeto a la supremacía constitucional establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional- y el deber de respetar el principio de la separación de poderes.

En esta disyuntiva el problema se presenta porque para que la Administración pudiera dejar de aplicar en un caso concreto una norma vigente, necesariamente debería juzgar si esa norma respeta o no el texto constitucional. El criterio para efectuar esta determinación no debe ser el del Poder Ejecutivo, sino el del Poder Judicial. Con lo cual, el último criterio sostenido por la PTN en Dictámenes 298:207 viene a sintetizar la incógnita a partir de la delimitación del deber de cumplir con el principio de juridicidad a las normas vigentes y constitucionales, según los parámetros vertidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo una posición desfavorable a la posibilidad en razón del principio de división de poderes¹⁶³.

4.5.1. Un ejemplo actual: Ley de Contratos de Participación Público-Privada

Se toma esta ley por varias razones. Primero, porque es el marco normativo más actual a nivel nacional respecto de la temática; segundo, porque su sanción reavivó discusiones en el

¹⁶³ CSJN, 13/08/1996 “Sindicato de Trabajadores de la industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo” Fallos 319:1420, considerando 8.

campo del derecho público que son abordadas en este trabajo; y tercero porque brinda ejemplos de los escenarios alternativos ante la tesis sostenida.

Si bien existen múltiples aspectos vinculados con este trabajo en esta norma, sobre los que – incluso- podría tener impactos fuertes, me limitaré a tomar dos casos para ejemplificar las consecuencias planteadas en el punto anterior: ii) regulación; iii) supresión¹⁶⁴.

Es una norma que ha generado un debate en dos planos. Uno de ellos, circunscripto al análisis normativo; el otro al análisis del mérito, oportunidad y conveniencia para atraer inversiones extranjeras. En cuanto a lo primero, desde la tesis aquí sostenida presenta disposiciones inconstitucionales. En cambio, según la doctrina que sostiene la fuente legal de las prerrogativas públicas y su carácter renunciable¹⁶⁵, la norma no tiene problemas de constitucionalidad.

En cuanto su conveniencia o utilidad para atraer inversiones privadas por vía de garantizar seguridad jurídica, no tomaré una postura dado que el análisis de la eficiencia de la disposición legal no es el objeto de este trabajo. Pero sí, considero, y así se afirmó previamente, que en cuanto a la seguridad jurídica es necesaria la reglamentación de las prerrogativas por vía legal. Es decir, tomar el camino representado con el ítem ii).

En el texto de la Ley se puede identificar la previsión de contenido mínimo del contrato¹⁶⁶.

Allí se encuentra un ejemplo de dos de los escenarios alternativos planteados:

ii) un caso de regulación: el inciso i) del artículo 9 prevé la prerrogativa modificatoria y fija límites. Se trata de un caso claro de fijación de pautas para el ejercicio de la prerrogativa. Efectivamente, se prevén límites cualitativos y cuantitativos para su concreción. Ello atiende tanto en uno y en otro caso al resguardo de la identidad del contrato. Es decir, se tiende a

¹⁶⁴ En cuanto al escenario -identificado como i)- del silencio o no regulación de las prerrogativas se ha sostenido que la previsión del artículo 9 inciso d): “Los mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones asumidas y las sanciones por incumplimiento contractual, sus procedimientos de aplicación y formas de ejecución, y el destino de las sanciones de índole pecuniaria” encuadraría en ese supuesto. Disiento con esa perspectiva, puesto que la norma incorpora como contenido mínimo a la prerrogativa. No deja librada su inclusión al plano negocial. Aquello que libra a la negociación de las partes son las características de su ejercicio. Otra discusión que puede darse -debe darse, creo- es si los aspectos librados al pliego y texto contractual son pasibles de ser estipulados voluntariamente por las partes en cada contrato. Es decir, si ello no contraría legislación general en la materia, tema que dará lugar a trabajo investigativo futuro.

¹⁶⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, “Los contratos de participación...”, página 6.

¹⁶⁶ Artículo 9: “Sin perjuicio de lo que se establezca en la reglamentación, en los pliegos y en la documentación contractual, los contratos de participación público-privada deberán contener las siguientes previsiones: (...)”

evitar que por vía del ejercicio de la prerrogativa modificatoria se disfrace la celebración de un contrato nuevo.

De manera que los confines del ejercicio de la prerrogativa son de índole cualitativo, en tanto se prohíbe la alteración del objeto del contrato; como de índole cuantitativo, en tanto se fija un tope para el aumento o la disminución del volumen de la prestación.

iii) un caso de supresión: el inciso p) del artículo 9 en su última oración establece que la suspensión o nulidad por ilegitimidad deberá ser solicitada al tribunal. Es decir, elimina la prerrogativa revocatoria por razones de ilegitimidad.

Al respecto, se han sostenido posturas doctrinarias que consideran que se trata de una actividad propia de la función judicial¹⁶⁷. Con lo cual, la previsión normativa no haría más que plasmar la división constitucional del poder de manera correcta. No presentaría, por tanto, problemas de constitucionalidad.

Desde otro punto de vista, se ha afirmado que se trata de una prerrogativa que integra la función administrativa y, aún, que su traspaso de esfera implica una invasión de la zona de reserva del poder administrador por parte del Poder Judicial¹⁶⁸.

Considero que, tal como se refirió al definir la función administrativa, la prerrogativa de revocación por ilegitimidad es inherente a ella, de acuerdo con el concepto sostenido en el capítulo 3. De hecho, se trata de garantizar el imperio de la juridicidad en el ejercicio de la función que implica el desarrollo de actividades con fiel respeto a la Constitución, leyes, reglamentos y principios del derecho. Si el marco jurídico opera como cauce del obrar

¹⁶⁷ Así lo han sostenido MAIRAL, Héctor A. y VERAMENDI, Enrique V., “Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo*, Cita Online AR/DOC/2624/2018, página 10: “En nuestra opinión, la decisión de declarar la nulidad de un contrato o de suspender sus efectos, en ambos casos con fundamento en la existencia de vicios jurídicos (ilegitimidad), constituye una actividad o función eminentemente judicial.”

¹⁶⁸ En este sentido RODRÍGUEZ, María José, "La huida del derecho administrativo en los contratos PPP", Jornadas sobre Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, Buena Administración y Derechos Individuales. Revista RAP, http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/1ADM0048100052000.html se expresó: "...la imposibilidad de la Administración para suspender o revocar por ilegitimidad en sede administrativa, podría ser considerada inconstitucional en tanto 'ata de manos' a la Administración. Porque ciertamente no es lo mismo ser titular de la prerrogativa que tener que pedir la suspensión o revocación al Poder Judicial. Si se trata de una prerrogativa inherente, la correlativa habilitación legal del Poder Judicial para así resolver resultaría además intrusiva de la zona de reserva de la Administración en tanto generaría una subrogación del Poder Judicial en la ponderación de circunstancias cuyo análisis resulta del resorte del poder administrador"

administrativo, su alejamiento no es otra cosa que el alejamiento de la propia función. Ante la constatación de la ilegitimidad, el deber de su titular es sustraer del mundo jurídico el acto que reviste esa condición.

4.6. Conclusiones parciales

En este capítulo se procuró demostrar que el régimen exorbitante propio de la función administrativa en el ámbito contractual presenta prerrogativas que son inherentes a la función y tienen, por tanto, fuente constitucional. Para eso se puntualizó:

- la noción de régimen exorbitante como el equilibrio entre prerrogativas públicas, sustanciales y procesales; y garantías del particular, también sustanciales y procesales;
- la justificación del régimen reside en el interés público perseguido en el ejercicio de la función y en su identificación con la justicia distributiva;
- el concepto de prerrogativa como desmembramiento del poder público y por lo tanto irrenunciable, distinta a la noción de cláusula en tanto ella es expresión del contenido contractual y es de origen voluntario;
- el alcance de las prerrogativas implícitas e inherentes: para su determinación se recurrió al principio de especialidad como criterio interpretativo. A su vez, para calificar a las prerrogativas inherentes se advirtió la esencia del órgano o ente creado vinculado a la forma tripartita de gobierno;
- por eso, se estimó que las prerrogativas son inherentes a la función más que al órgano o ente;
- cuando se recurre a la celebración del contrato en ejercicio de función administrativa, las prerrogativas se presentan como poderes irrenunciables destinados a garantizar su continuidad característica;
- en este sentido, se sostuvo las prerrogativas de i) dirección y control -sobre la forma de concreción de la prestación-; ii) sanción -como consecuencia de la prerrogativa de dirección y control-; iii) modificación -para cambiar las condiciones en que la prestación se concretaría ante la variación del interés público comprometido-; iv) revocación por mérito, oportunidad y conveniencia -para extinguir en vínculo si esa prestación ya no atendiera a la satisfacción

de la necesidad pública-; v) revocación por ilegitimidad -cuando se constatará que el contrato es ilegítimo- son inherentes a la función administrativa en los contratos;

- ante la fuente constitucional de las prerrogativas, se presentan tres escenarios alternativos en las leyes: la no regulación, la regulación y la supresión;

- se analizaron los tres escenarios desde un punto de vista constitucional y se concluye que la supresión de las prerrogativas sería inconstitucional; en cambio, la técnica de la regulación sería respetuosa del texto constitucional y garantizaría la seguridad jurídica siempre que se ajuste a la razonabilidad (artículo 28 Constitución Nacional);

- en el caso de la Ley de Contratos de Participación Público-Privada, se presentan ejemplos de un caso de regulación: el inciso i) del artículo 9 prevé la prerrogativa modificatoria y fija límites; y de un caso de supresión: el inciso p) del artículo 9 en su última oración establece que la suspensión o nulidad por ilegitimidad deberá ser solicitada al tribunal. Es decir, elimina la prerrogativa revocatoria por razones de ilegitimidad.

5. Conclusión

Ante la inquietud que impulsó el presente trabajo sobre la fuente de las prerrogativas de los contratos administrativos se recorrió un análisis conceptual del contrato administrativo, de la función administrativa y de las prerrogativas inherentes a ella en el marco de los contratos.

La cuestión fue delimitar si los poderes públicos que rigen los contratos administrativos tienen antecedente en la Constitución Nacional. La celebración de contratos por parte de la Administración pública generó un debate que dividió a la doctrina entre aquellos que consideran al contrato administrativo como categoría independiente y los que la niegan.

Más cerca en el tiempo, la discusión viró hacia la utilidad o inutilidad de la categoría.

La problemática central que funciona como contexto es la presencia de prerrogativas en los contratos administrativos independientemente de su explicitación en el texto.

Esto llevó a preguntarme el porqué de esas prerrogativas y si ellas tienen fuente normativa.

No obstante, aun en el plano del derecho positivo, se encuentran contradicciones pues no hay una única ley para los contratos administrativos. Por eso, la pregunta de este trabajo apuntó al texto de máxima jerarquía normativa: la Constitución Nacional.

La hipótesis de la que se partió fue que las prerrogativas en los contratos administrativos son inherentes a la función administrativa prevista por la Constitución Nacional en el artículo 99 inciso 1, por lo que no pueden suprimirse por vía legal, reglamentaria o contractual en honor a la supremacía constitucional.

Respecto del contrato administrativo, inicialmente fue preciso determinar si podía existir como categoría independiente y, en tal caso, cuáles eran sus elementos definitorios.

En términos conceptuales, la categoría fue negada con argumentos sintetizados en: i. ausencia de igualdad entre partes; ii. ausencia del imperio de la autonomía de la voluntad; iii. el contrato no puede versar sobre cosas fuera del comercio; iv. el concepto unitario del derecho impide distinguir entre contratos de derecho privado y de derecho público.

En términos prácticos, se cuestionó la existencia de la categoría con argumentos que atienden a su conveniencia. Así, se sostuvo que la categoría es inútil o peligrosa para la seguridad jurídica.

La doctrina, al admitir la categoría, buscó elementos que determinaran su calificación. En este análisis se desarrollaron tres: el subjetivo, objetivo y de contenido.

La jurisprudencia se analizó a partir de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Específicamente en lo que hace a los elementos definitorios. De este modo, se destacó la definición brindada en 1990 en la causa “Dulcamara” en el voto del vocal Carlos S. Fayt. Allí se tuvieron en cuenta al sujeto que lo celebra, la finalidad perseguida, y el contenido.

El derecho positivo, a nivel legal, también fue tomado como referencia, aunque se concluyó que no aporta definiciones ni es uniforme al tratar la categoría.

De acuerdo con lo investigado, concluí que los elementos analizados como definitorios - sujeto, objeto, contenido- son insuficientes.

El quid de la cuestión está en el interés perseguido por el contrato y el modo en que él se persigue. Porque en esa diferencia reside la relación de subordinación que rompe la “igualdad entre partes” y la “autonomía de la voluntad” tal como han sido entendidas en los contratos de los contratos de derecho privado.

Eso justifica que al contrato celebrado para atender el interés público de manera directa, concreta, inmediata y continua se le deba aplicar un régimen jurídico de derecho público específicamente denominado régimen exorbitante. Él se integra y equilibra por prerrogativas y garantías.

Por otra parte, hubo entonces que recurrir al concepto de función administrativa. En primer lugar, fue necesario especificar la noción de interés público, luego se repasaron diversas posturas doctrinarias y, finalmente, se planteó el concepto a ser tomado.

Respecto del interés público, se consideraron propuestas que tienen en cuenta la faz distributiva, de uno u otro modo. En esta línea, se consideró el término “el interés público” y se plasmó su cercanía conceptual con el bien común y el bienestar general.

He considerado que la visión del interés público debe comprender necesariamente una faceta que excede lo individual y paralelamente lo contempla. Así, aparece inevitablemente la idea de todos los habitantes de una comunidad democrática como un conjunto.

De este modo, el interés público se comprendió como provecho de más de uno y como bien común.

Posteriormente, se puntualizó que para analizar la función administrativa debe tenerse en cuenta que es producto de la separación del ejercicio del poder público como atributo estatal.

Así, se planteó la necesidad de un concepto que fuera respetuoso del sistema republicano de gobierno pero que diese cuenta de la realidad jurídica. Esta última entendida desde el propio texto constitucional y desde su interpretación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En este sentido, fue necesario tomar un concepto de función administrativa que admitiese su ejercicio por los tres poderes.

Entonces, se tomó el criterio material en tanto atiende al contenido de las actividades que involucra cada función, a sus notas relevantes, que es el que mejor responde a los objetivos expuestos si se le añade la particular relación entre ellas.

Por consiguiente, se afirmó que la función administrativa es la actividad desarrollada en ejercicio de poder para satisfacer el interés público de manera concreta, continua, inmediata y directa cumpliendo mandatos legislativos, judiciales o directamente constitucionales. Es la parte nuclear de la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo y la parte de la actividad complementaria o excepcional que desarrollan el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como toda actividad desarrollada bajo esos parámetros por un sujeto delegatario del poder público -sea ente público no estatal o ente privado-.

Por último, en ese estado de cosas, se ingresó en el punto central del análisis. Con esas herramientas conceptuales puede ingresarse al estudio del fundamento y la fuente de las prerrogativas.

Para ello, se determinó que el régimen exorbitante es el propio y específico de la función administrativa y se caracteriza por un contenido equilibrado de prerrogativas y garantías. Por eso, se dejó de lado la postura que define al régimen exorbitante por vía comparativa con el régimen de derecho privado.

Luego, a la prerrogativa se la distinguió del término cláusula. Con los términos poder, potestad y competencia se distinguió a la prerrogativa pero también se la equiparó en el análisis de su alcance.

Específicamente, la prerrogativa es la instrumentación jurídica de las potestades como concreciones del poder, como atributo del Estado.

Por consiguiente, la prerrogativa es irrenunciable.

En cambio, la cláusula es la previsión del contenido del contrato y su origen es voluntario.

En ese contexto, se especificó que la prerrogativa puede presentarse como implícita o inherente. En cualquiera de estos casos, no aparece escrita de manera textual. Sin embargo, en todos los casos el principio de especialidad opera como criterio interpretativo con el límite del texto expreso.

De manera que, el principio de especialidad es el que tiene en cuenta el fin para el que se crea una persona jurídica. En el plano del derecho público, referido a la competencia, sirvió para comprender el fenómeno de la competencia del órgano más allá de una hermenéutica rígida. En cuanto a la inherencia, ella se revela como el modo en que aparece la prerrogativa ligada a la esencia de la estructura creada. Pero se destacó la inherencia de la forma tripartita de gobierno en el diseño constitucional argentino, la inherencia estaría ligada entonces a la función antes que al órgano. Si la forma tripartita de gobierno se plasma en separación de funciones, la inherencia de prerrogativas se desprende de estas últimas.

En este punto, surgió el específico interrogante ¿cuáles son las prerrogativas inherentes a la función administrativa en los contratos?

Para responder ello se planteó un escenario de actuación hipotético para el titular de la función administrativa. En él, las operaciones materiales que debería concretar serían como mínimo:

- i. evaluación de necesidad concreta a satisfacer a través de la prestación;
- ii. ponderación de esa necesidad como prioritaria;
- iii. elección del medio jurídico para su satisfacción;
- iv. planificación del modo en que debe cumplirse la prestación;
- v. selección de la mejor oferta;
- vi. vigilancia sobre todos los extremos mientras dure la ejecución de la prestación.

Para la realización de estas operaciones, el titular de la función requiere de prerrogativas que están justificadas por el carácter continuo y de inmediatez respecto del interés público de la función administrativa. Esto implica que la atención del interés público no cesa ni se paraliza con la suscripción de un contrato. Si bien pueden asumir matices, ellas deben tener vigencia durante toda la “vida” del contrato.

De otro modo, la celebración de un contrato implicaría la abdicación de responsabilidades constitucionales.

Entonces, el contrato estará integrado por las prerrogativas de:

- i. dirección y control;
- ii. sanción;
- iii. modificación;
- iv. revocación por razones de mérito, oportunidad y conveniencia;
- v. revocación por razones de ilegitimidad.

Las prerrogativas enumeradas son inherentes a la función administrativa e integran el contenido contractual, independientemente de la voluntad plasmada en sus cláusulas. Ellas tienen fuente constitucional.

Esta tesis genera un impacto directo en las actuaciones de los poderes constituidos: leyes, sentencias, actos administrativos y contratos como especie de ellos.

Se afirmó el peligro para la seguridad jurídica que implica la tesis sostenida. Esta es la crítica contundente y que centraliza el cúmulo de cuestionamientos a ella.

Se ponderó, no obstante, la superación de esa crítica. Esa superación se presenta por una doble vía. Por un lado, con la concepción del régimen exorbitante como integrado por prerrogativas y garantías cuyo equilibrio es propio de la definición. Por otro lado, con la reglamentación que se debe haber por parte de las leyes de las prerrogativas constitucionales. Esta es la herramienta que garantiza seguridad jurídica con respeto a la Constitución Nacional.

Entonces, la tesis esgrimida tiene impacto en las leyes en razón del principio de supremacía constitucional. Se plantean tres escenarios posibles en ellas:

- i. no regulación de las prerrogativas, silencio: la consecuencia sería su constitucionalidad pero la inseguridad jurídica prima;
- ii. regulación de las prerrogativas, límites y modos de ejercicio: la consecuencia sería la constitucionalidad y la garantía de la seguridad jurídica;
- iii. supresión de las prerrogativas: la consecuencia sería la inconstitucionalidad.

Ante esas alternativas, la Ley de Contratos de Participación Público Privada presenta, al menos, ejemplo de dos de las alternativas planteadas:

- ii) un caso de regulación: el inciso i) del artículo 9 prevé la prerrogativa modificatoria y fija límites. Se trata de un caso claro de fijación de pautas para el ejercicio de la prerrogativa.

Efectivamente, se prevén límites cualitativos y cuantitativos para su concreción. Ello atiende tanto en uno y en otro caso al resguardo de la identidad del contrato. Es decir, se tiende a evitar que por vía del ejercicio de la prerrogativa modificatoria se disfrace la celebración de un contrato nuevo.

De manera que los confines del ejercicio de la prerrogativa son de índole cualitativo, en tanto se prohíbe la alteración del objeto del contrato; como de índole cuantitativo, en tanto se fija un tope para el aumento o la disminución del volumen de la prestación.

iii) un caso de supresión: el inciso p) del artículo 9 en su última oración establece que la suspensión o nulidad por ilegitimidad deberá ser solicitada al tribunal. Es decir, elimina la prerrogativa revocatoria por razones de ilegitimidad.

Ante lo expuesto en este breve análisis y acercamiento a los conceptos de contrato administrativo, función administrativa, prerrogativas inherentes e impacto de ello en las leyes y, puntualmente, en la Ley N°27328, se abren múltiples interrogantes.

Lejos de clausurar debates, se ha pretendido iniciar un camino de discusión posible en el plano de los contratos administrativos que sume la actualidad del escenario contemporáneo. Se pretendió tomar conceptos trabajados desde antaño, traerlos a los problemas actuales y debatir con ellos para encontrar nuevas respuestas.

La expectativa es que la visión sobre los escenarios actuales con herramientas epistemológicas ya trabajadas sea amplia, tienda a ubicar matices, tome aquello que funciona como base y diseñe nuevos instrumentos con respeto a la base y con creatividad para responder a nuevos desafíos.

Con el deseo de haber contribuido a abrir interrogantes desde un pequeño aporte de perspectiva, finalizo este trabajo dando continuidad a estudios e investigaciones.

6. Bibliografía

Normas

Ley N°13064

Ley N°19549 “Ley de Procedimiento Administrativo”

Decreto N°1023/01 Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”

Ley N°27328 “Contratos de Participación Público – Privada”

Doctrina

AJA ESPIL, Jorge, *CONSTITUCIÓN Y PODER. HISTORIA Y TEORÍA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS Y DE LOS PODERES INHERENTES*, Tipográfica Editora Argentina SA, Buenos Aires, 1987.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Alianza Editorial, Madrid, 1ª ed. 2001 4ª reimpresión 2005.

BALBÍN, Carlos F, *Tratado de derecho administrativo*, La Ley 2ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

BARRA, Rodolfo C, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 1989.

BARRA, Rodolfo C., “La sustantividad del contrato administrativo”, *Revista El Derecho*, 182-1029.

BARRA, Rodolfo, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Principios. Fuentes*, ÁBACO DE RODOLFO DE PALMA SRL 1º, Ciudad de Buenos Aires.

BIANCHI, Alberto B. “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos) – Primera Parte”, *Revista El Derecho*, 184-900.

BIANCHI, Alberto B., “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos) – Segunda Parte”, *Revista El Derecho*, 185-714.

BIANCHI, Alberto B, “Algunas notas sobre los poderes implícitos del gobierno”, *El Derecho Constitucional* 00/01-398, s/f.

CASSAGNE, Juan Carlos, “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, *Revista El Derecho*, 180-773.

CASSAGNE, Juan Carlos, “La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)”, *Revista El Derecho*, 181-942.

CASSAGNE, Juan Carlos, “Los contratos de participación público privada en la Ley 27328”, *Revista de Derecho Administrativo*, 2018, CITA ONLINE AP/DOC/263/2018.

CASSAGNE, Ezequiel, "Las asociaciones público-privadas en Argentina", *Revista de Derecho Administrativo* N°107, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2016.

CASSAGNE, Juan Carlos, “La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)”, *El Derecho Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, N°13.943, 26/04/2016.

COMADIRA, Julio Rodolfo, *Elementos del derecho administrativo*, 1ed. 1ª reimp La Ley, Buenos Aires, 2006.

COMADIRA, Fernando, “Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla” en *El Derecho Diario de Doctrina y Jurisprudencia* N°13973, 2016.

COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA Héctor Jorge, *Curso de Derecho Administrativo*, 1 ed. 2º reimpresión Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2018.

COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los criterios para determinar el alcance de las competencias”, en Aguilar Valdez, Oscar R. (ed.) *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Rap, 1ª ed., Ciudad de Buenos Aires, 2005.

COMADIRA, Julio Pablo, “La administración pública frente a la ley inconstitucional o inconveniente en el procedimiento administrativo”, en GOWLAND, Héctor Pozo, (et. al) *Procedimiento Administrativo*, 1ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, Capítulo XXV.

ESCOLA, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos Volumen I Parte General* Ediciones Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 1977.

DE LA RIVA, Ignacio M., "¿Es la "participación público-privada" un nuevo contrato administrativo?", *El Derecho* del 03/05/2017, acceso online 3/04/2019 http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/362-¿El_la_.pdf.

DIANA, Nicolás, "Cuestiones generales del contrato de participación público-privada (PPP)", *La Ley*, 26/04/2017.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley 2ª ed. Ampliada y actualizada, Ciudad de Buenos Aires, 2009.

GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, "Prerrogativas y garantías contractuales a través del prisma del financiamiento privado", *Revista de Derecho Administrativo* N°107, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo TOMO I*, FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Ciudad de Buenos Aires, 2009.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "El control judicial de la función administrativa de los poderes Legislativo y Judicial", *Revista El Derecho*, 01/02-678.

MAIRAL, Héctor, "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", *Revista El Derecho*, 179-655.

MAIRAL, Héctor A., "El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo", *Revista El Derecho*, 180-849.

MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", *Revista El Derecho*, 179-655.

MAIRAL, Héctor A., "La Teoría del Contrato Administrativo y el Derecho Norteamericano", *Revista El Derecho*, 00/01-525.

MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de Derecho Administrativo TOMO III A*, 4ª ed. 2ª reimp. Abeledo Perrot, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

Mairal, Héctor A. y Veramendi, Enrique V. en Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado AR/DOC/2624/2018.

MERTEHIKIAN, Eduardo, *ESTUDIOS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA*, Editorial Ciencias de la Administración, Ciudad de Buenos Aires, 1996.

PEREZ HUALDE, Alejandro, "Contratos administrativos: versión crítica", en FARRANDO, Ismael (h) dir., *Contratos Administrativos*, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

PERRINO, Pablo E, "Prerrogativas de la Administración en los contratos de participación público-privada", *Revista de Derecho Administrativo*, 2018, Cita Online: AP/DOC/309/2018.

SAMMARTINO, Patricio M. E., "Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho", *Revista El Derecho* N°13.487, 2014.

SAMMARTINO, Patricio M. E., “Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, La Ley, Cita Online: AR/DOC/3777/2016, 2017.

Jurisprudencia

CSJN, 30/06/1998 "Maruba S.C.A. c. Secretaría de la Marina Mercante" Fallos 308:01.

CSJN, 9/02/1989 “Marocco y Cía Sacifica v. Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario” Fallos 312:84.

CSJN, 3/03/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/cobro de australes" Fallos 315:158.

CSJN, 2/03/1993, “LA.P.S.A. cl E.N.Tel s/ ordinario”. Fallos: 316:212.

CSJN, 23/03/1990, “Dulcamara SA c/ EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES” Fallos: 313:376.

CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis A. y otro”, Fallos: 313:1513, Considerandos: 16 al 19.

CSJN, 02/12/1993, “Cocchia, Jorge c/Estado Nacional”, Fallos: 316:2624: Considerando 9.

CSJN, 10/3/88, “Sergio Damián Persoglia c/Provincia de Buenos Aires (Honorable Senado)”, Fallos 311:260.

CSJN, 3/10/89, “Bonis, Pedro Luis y otros s/ amparo” Fallos: 312:1891.

CSJN, 23/12/92, “Rodríguez Varela, Florencio c/Corte Suprema de Justicia de la Nación s/ordinario” Fallos: 315:2990.

CSJN, 8/01/2008, “Charpin, Osvaldo José René c. E.N.-Poder Judicial de la Nación CSJN-s/empleo público”. Fallos: 331:536.

CSJN, 21/08/1877, “Lino de la Torre” Fallos 19:77.

CSJN, 1887, “Sojo” Fallos 32:135.

CSJN, 24/02/1971, “Amengual” Fallos: 279:65.

CSJN, 16/06/1993, “Banco Shaw” Fallos: 316:1319.

CSJN, 25/08/1998, “Antinori” Fallos: 321:2289.

PTN Dictámenes 246:500.

PTN Dictámenes 306:342.

Dictámenes 262:176.

Dictámenes 280:143.

Dictámenes 285:212.

Dictámenes 292:169.

Dictámenes 293:205.