

**NATURALEZA JURÍDICA DEL PROGRAMA DE
PRECIOS CUIDADOS: LA REGULACIÓN
ECONÓMICA MEDIANTE ACUERDOS DE
PRECIOS**

**Estudio sobre los conciertos administrativos en el derecho
comparado y su recepción en Argentina**

Tesina de dogmática jurídica

Maestría de Derecho Administrativo

Autor: Francisco José Sama

Director: Santiago Maqueda

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Universidad Austral

2019

ÍNDICE

Índice	2
Abreviaturas utilizadas	5
Introducción	6
Capítulo I Consideraciones generales sobre el PPC	7
A. Planteamiento general	7
B. Surgimiento del PPC	7
C. El régimen normativo inicial del PPC	7
1. La Resolución 2/2014: la administración de precios y el Convenio PPC	7
2. La Resolución N° 20/2014: la escala sancionatoria del PPC	9
D. Antecedentes del PPC: los acuerdos de precios “informales”	10
1. Los acuerdos de precios fijos con revisión periódica o escalonada (2006-2012)	11
2. Los acuerdos de precios de competencia (2012)	12
3. Los acuerdos de precios congelados (2013)	13
E. La entrada en vigencia, reforma y aplicación del PPC, y las normas complementarias de la política de control de precios entre 2014 y 2015	15
1. La entrada en vigencia y reforma del PPC	15
2. La aplicación práctica del PPC: la actividad de contralor de la SC	16
3. La jurisprudencia de la CNACAF sobre el PPC	17
4. Las normas complementarias de la política de control de precios de la SC	18
F. La continuidad y reforma del PPC luego del cambio de gobierno y hasta la actualidad	19
Capítulo II Aproximación a la naturaleza jurídica del PPC, las Normas PPC y el Convenio PPC	21
A. Planteamiento general	21
B. Relevancia jurídica de definir qué es el PPC	21
C. Breves nociones sobre regulación económica	21
1. Concepto de regulación económica: fines perseguidos y medios empleados	21
2. Clasificación de las actividades comprendidas en la regulación económica	22
a. Regulaciones generales del mercado	23
b. Regulaciones para el abastecimiento	23
D. Concepto del PPC	25
E. Faz sustantiva del PPC: el PPC como medida de regulación económica, ¿regulación general del mercado o regulación para el abastecimiento?	25

1.	El PPC como medida de regulación general del mercado o como medida de regulación para el abastecimiento	27
a.	Encuadre normativo declarado.....	27
b.	Fines perseguidos.....	27
c.	Medios utilizados	29
d.	Ámbito de aplicación	31
e.	Relación entre el PPC y las medidas dictadas por la SC antes y después de la entrada en vigencia del PPC.....	32
2.	Nuestra postura.....	32
F.	Faz adjetiva del PPC: la naturaleza jurídica de los distintos actos que instrumentan el PPC.....	33
1.	Naturaleza jurídica de las Normas PPC.....	33
2.	Naturaleza jurídica del Convenio PPC	36
a.	El Convenio PPC como acto administrativo unilateral	36
b.	El Convenio PPC como acto bilateral.....	38
(i)	El Convenio PPC como contrato administrativo	38
(ii)	El Convenio PPC como contrato de derecho privado	40
(iii)	El Convenio PPC como acto administrativo bilateral	40
Capítulo III	Análisis de los conciertos administrativos en el derecho comparado	43
A.	Planteamiento general	43
B.	Relevancia jurídica de analizar los conciertos administrativos en el derecho comparado	43
C.	Los conciertos administrativos en el derecho comparado: el caso de Alemania, Italia y España ...	43
1.	Los conciertos administrativos en Alemania	44
2.	Los conciertos administrativos en Italia	50
3.	Los conciertos administrativos en España.....	53
Capítulo IV	Análisis general de los conciertos administrativos	58
A.	Planteamiento General	58
B.	Relevancia jurídica de realizar un análisis general de los conciertos administrativos	58
C.	Concepto de los conciertos administrativos	58
D.	Clasificación de los conciertos administrativos	59
1.	Por el objeto del concierto administrativo (conciertos sobre potestades discrecionales y de ejecución)	59
2.	Por el efecto sobre el procedimiento en el que se celebran (conciertos preparatorios –no vinculantes y vinculantes– y sustitutivos)	60
E.	Límites de los conciertos administrativos	62
1.	Irrenunciabilidad e indisponibilidad de las potestades administrativas	62
2.	Principio de legalidad	64

a. Habilitación normativa para celebrar conciertos administrativos	64
b. Extensión del contenido del concierto administrativo	65
3. Principio de igualdad y no afectación de derechos de terceros	67
4. Materias excluidas de los conciertos administrativos.....	68
5. Competencia para celebrar el concierto.....	69
6. Predeterminación del resultado del procedimiento administrativo.....	69
7. Conclusiones sobre los límites	71
F. El problema del régimen jurídico aplicable a los conciertos administrativos	71
G. Ventajas y desventajas de los conciertos administrativos	75
Capítulo V Los conciertos administrativos en Argentina: la calificación del Convenio PPC como concierto administrativo	79
A. Planteamiento General	79
B. Relevancia jurídica de definir si los conciertos administrativos existen en Argentina y si el Convenio PPC es un ejemplo de ellos.....	79
C. Los conciertos administrativos en Argentina	79
1. Conciertos de promoción industrial.....	80
2. Conciertos urbanísticos	81
3. Conciertos sobre precios.....	83
5. Conclusiones sobre la existencia de los conciertos administrativos en Argentina	84
D. El Convenio PPC como un concierto administrativo	85
1. Requisitos para considerar al Convenio PPC como un concierto administrativo	85
2. Clasificación del Convenio PPC	85
3. Límites al Convenio PPC	85
a. Irrenunciabilidad e indisponibilidad de las potestades administrativas.....	85
b. Principio de legalidad	86
c. Principio de igualdad y no afectación de derechos de terceros	87
d. Materias excluidas de los conciertos administrativos	87
e. Competencia para celebrar el concierto administrativo	88
f. Predeterminación del resultado del procedimiento	88
4. El régimen jurídico aplicable a los conciertos administrativos	88
Conclusiones	89
Bibliografía.....	92
Jurisprudencia.....	95

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CN	Constitución Nacional
CNACAF	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal
Convenio PPC	Acuerdo firmado por las empresas de supermercados con la SC en el marco del PPC
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
LA	Ley N° 20.680 de Abastecimiento (B.O. 25-VI-1974)
LDC	Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (B.O. 15-X-1993)
LDCo	N° 27.442 de Defensa de la Competencia (B.O. 15-V-2018)
LNPA	Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos (B.O. 27-IV-1972)
LPAA	Ley alemana de procedimiento administrativos de 1976.
LPAE	Ley N° 39/2015 del 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de España
LPAI	Ley N° 241/1990 del 7 de agosto sobre Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos
Normas PPC	Incluye la Resolución 2/2014, la Disposición N° 46/2018 de la SCI (B.O. 03-X-2018) y la Resolución N° 51/2019 de la SC (B.O. 07-III-2019).
PPC	Programa de Precios Cuidados creado por la Resolución 2/2014
RCAN	Decreto N° 1023/2001 sobre Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (B.O. 16-VIII-2001)
Resolución 2/2014	Resolución N° 2/2014 de la SC (B.O. 13-I-2014)
SC	Secretaría de Comercio
SCI	Secretaría de Comercio Interior

INTRODUCCIÓN

Desde el año 2006, la SC viene llevando a cabo una práctica por medio de la cual, con diversos matices, celebra “acuerdos de precios” con las empresas de supermercados de ciertos productos de consumo masivo, y que dichas empresas deben cumplir ante los consumidores. Al momento de justificar la procedencia de tales acuerdos, la SC ha recurrido, entre otros fundamentos, a la necesidad de tutelar los derechos de los consumidores, abastecer adecuadamente al mercado de tales productos, controlar la inflación, y evitar que las empresas involucradas obtengan ganancias excesivas.

A pesar de que se trata de una práctica que lleva, por lo menos, 13 años en forma ininterrumpida, y que existen acuerdos similares en otras materias (como los que se celebran en la industria de los hidrocarburos), es difícil encontrar normas expresas que los regulen, o estudios doctrinarios que los analicen. Tampoco existen mayores respuestas por parte de la jurisprudencia. La falta de desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial sobre esta clase de actos de la Administración no permite tomar un conocimiento cierto de este instituto (por ej. si se trata de un acto unilateral o bilateral y, en tal caso, si es un contrato privado, un contrato administrativo u otro tipo de acto bilateral) y genera inseguridad jurídica (por ej. sobre el régimen jurídico aplicable).

Ante tal vacío, este trabajo intenta dar una respuesta a la naturaleza jurídica de los acuerdos de precios celebrados sobre la base del PPC, programa que aprobó el último acuerdo de precios celebrado entre la SC y las empresas de supermercados (el Convenio PPC), y que se mantiene vigente hasta nuestros días; y sobre el régimen jurídico que le resultaría aplicable.

Para ello, se sigue la siguiente metodología: en el Capítulo I se describe el PPC y su implementación práctica; en el Capítulo II se intenta una primera definición de la naturaleza jurídica del PPC, de las Normas PPC y del Convenio PPC; ante la generalidad de la calificación hecha del Convenio PPC bajo el derecho local, en el Capítulo III se desarrolla una categoría de actos conocida en Alemania, Italia y España que podría ayudar con ese objetivo: los conciertos administrativos; en el Capítulo IV se realiza un análisis general de los conciertos administrativo y se plantean los principales problemas que podrían generar; y, sobre esa base, en el Capítulo V se analiza la existencia de los conciertos administrativos en Argentina y si el Convenio PPC es un ejemplo de ellos.

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PPC

A. Planteamiento general

En este capítulo se desarrollará en forma descriptiva una introducción al PPC (§ I.B); su régimen normativo (§ I.C); antecedentes (§ I.D); aplicación durante los años 2014 y 2015 (§ I.E); y aplicación luego del cambio de gobierno hasta su actualidad (§ I.F). El objetivo es poner en conocimiento al lector del tema que se analiza y fijar con precisión la base fáctica y jurídica sobre la cual se trabajará.

B. Surgimiento del PPC

El 3 de enero de 2014, el *ex* titular de la SC, Augusto Costa, comunicó la creación del PPC, un régimen de administración de precios al que se había llegado mediante un “acuerdo estructural” con las grandes cadenas de supermercados y las empresas proveedoras de ciertos productos. El “acuerdo estructural” se instrumentó mediante dos convenios separados que la SC debía celebrar, por un lado, con cada una de las empresas proveedoras y, por el otro, con cada una de las empresas de supermercados, y que establecieron las obligaciones de dichas empresas de comercializarlos en forma constante e ininterrumpida al precio allí acordado.

C. El régimen normativo inicial del PPC

El PPC se reguló inicialmente a través de la Resolución 2/2014, la Resolución N° 20/2014¹ y las restantes disposiciones aplicables de la LDC².

1. *La Resolución 2/2014: la administración de precios y el Convenio PPC*

La Resolución 2/2014 es la norma jurídica que crea el PPC³ y que los califica como un sistema de “administración de precios”. Al crear el PPC, la SC persiguió, entre otros fines, asegurar la consistencia entre la política económica de crecimiento con las condiciones de abastecimiento, precio y calidad de los bienes y servicios comercializados en el mercado interno; la administración de precios como política estatal a instrumentarse mediante un acuerdo con las grandes cadenas de supermercados

¹ B.O. 13-I-2014.

² En especial, el Capítulo X sobre “Autoridad de aplicación” y el Capítulo XII sobre “Procedimiento y sanciones”.

³ Ello sin perjuicio de que la Resolución 2/2014 no contiene ninguna mención expresa al PPC, denominación que recién aparece en la Resolución N° 20/2014.

y sus principales proveedores; la necesidad de atender a las variaciones justificadas de los costos y a los cambios objetivos en las condiciones de abastecimiento mediante revisiones periódicas; y la necesidad de brindar valores de referencia transparentes, ciertos y previsibles en los productos de consumo masivo (a corto plazo) y medidas que incrementen el grado de competitividad de cada cadena de valor (a mediano plazo)⁴.

Para cumplir con tales objetivos, la SC evaluó la protección constitucional y legal⁵ de los consumidores de bienes y servicios⁶, y sus competencias (reglamentaria y de control) como autoridad de aplicación de la LLC, LDC y LDCo entre otras⁷ (por ej. LA⁸). Sobre tal base, la SC aprobó mediante la Resolución 2/2014 los “modelos de convenios” que debía firmar con las empresas de supermercados (Convenio PPC) y con las empresas proveedoras⁹. El Convenio PPC original constaba de diez cláusulas y dos anexos, y preveía su aplicación inicial en el área de Gran Buenos Aires, sin perjuicio de su posterior extensión a todo el país mediante *adendas*¹⁰.

El Convenio PPC incluía las condiciones de comercialización que las empresas de supermercados debían respetar ante los consumidores con relación a los productos incluidos en el Anexo I, y que debían vender a los precios acordados en el Anexo II¹¹. Los precios correspondientes a la mayoría de los productos se revisarían trimestralmente, y los precios correspondientes a los cortes de carnes, frutas, verduras y panificaciones, en períodos menores, no inferiores a un mes de año calendario¹².

También se incluyeron mecanismos para eximir a las empresas de supermercados de sus deberes de comercialización cuando las empresas proveedoras incumplieran su deber de provisión en forma temporal¹³ o mantenida en el tiempo por razones de fuerza mayor o hechos de terceros¹⁴. Por su parte, la SC se obligó a difundir por medios de comunicación públicos el listado de productos, sus precios y los puntos

⁴ Cfr. Resolución 2/2014, considerando 9-13.

⁵ Cfr. CN, art. 42; y LDC, arts. 1 y 2.

⁶ Cfr. Resolución 2/2014, considerandos 1-4.

⁷ Cfr. Resolución 2/2014, considerandos 5 y 6.

⁸ Cfr. Decreto N° 2136/2013, Planilla Anexa al art. 2, apartado XV, punto 7.

⁹ Cfr. Resolución 2/2014, art. 1, adjuntos como Anexo I y II respectivamente.

¹⁰ Cfr. Resolución 2/2014, Anexo I, cláusula primea.

¹¹ Cfr. Resolución 2/2014, Anexo I, cláusulas primera, segunda y tercera.

¹² Cfr. Resolución 2/2014, Anexo I, cláusula cuarta.

¹³ Cfr. Resolución 2/2014, Anexo I, cláusula quinta. Las empresas de supermercados debían informar el incumplimiento a la *ex* SC, que debía analizarlo, disponer las medidas de prueba que estimaba convenientes y, de existir causa justificada, eximir a la empresa de supermercados.

¹⁴ Cfr. Resolución 2/2014, Anexo I, cláusula sexta. La *ex* SC debía concertar un acuerdo con la empresa proveedora del producto faltante y, luego, acordar su sustitución por otro de características similares con la empresa de supermercados.

de venta, y las empresas de supermercados se obligaron a colaborar con tal difusión en sus puntos de venta¹⁵.

Finalmente, se incluyeron ciertos deberes genéricos (cumplir con las obligaciones de acuerdo a los principios de buena fe, máxima colaboración, transparencia y conformidad a la normativa vigente) y se sujetó la entrada en vigencia del Convenio PPC a la efectiva suscripción y vigencia de los convenios que la SC debía firmar con las empresas proveedoras.

2. *La Resolución N° 20/2014: la escala sancionatoria del PPC*

La Resolución N° 20/2014 reglamentó el sistema sancionatorio aplicable a los incumplimientos de las empresas de supermercados al PPC¹⁶. Para ello, la SC entendió que las empresas de supermercados, al firmar el Convenio PPC, se obligaron a realizar una oferta en los términos del art. 7 de la LDC (que regula los requisitos de la oferta dirigida a consumidores indeterminados) y que el faltante de un producto constituiría un incumplimiento a dicha obligación¹⁷.

Así, consideró que tal incumplimiento debía ser penado con la sanción de multa regulada en la LDC¹⁸, e implementó un esquema sancionatorio objetivo y uniforme mediante la escala adjunta como Anexo a la Resolución N° 20/2014. Así, la SC determinó el monto básico de la multa a aplicar según el perjuicio que la falta de cada producto generaría sobre los gastos corrientes del consumidor (de acuerdo los datos de la Encuesta Nacional de Gastos de los Hogares) y los dividió en tres grupos: de alto, mediano y moderado impacto en los gastos¹⁹. El monto que resultaría de su aplicación automática podría modificarse mediante el análisis en cada caso concreto de las restantes circunstancias mencionadas en el art. 49 de la LDC²⁰.

Finalmente, la Resolución N° 20/2014 previó que sus disposiciones también se aplicarían a los productos que se incorporaran al PPC con posterioridad, tomando como

¹⁵ Cfr. Resolución 2/2014, Anexo I, cláusulas séptima y octava.

¹⁶ Cfr. Resolución N° 20/2014, art. 1.

¹⁷ Cfr. Resolución N° 20/2014, considerandos 11 y 13.

¹⁸ Cfr. LDC, art. 47, inc. b.

¹⁹ Cfr. Resolución N° 20/2014, considerandos 12-15, 17-19 y 20-22. También tuvo en cuenta el tope de \$ 5.000.000 que la LDC fija a las multas que se pueden aplicar en su marco, y que consideró aplicable si faltara la totalidad de los productos incluidos en el PPC en una tienda. En consecuencia, asignó un monto total para la falta de los productos de alto, mediano y bajo impacto de \$ 2.500.000, \$ 1.500.000 y \$ 1.000.000, respectivamente. Luego, dividió el monto asignado a cada grupo por la cantidad de productos incluidos en ese grupo, lo que dio como resultado que el faltante de un producto de alto, mediano y bajo impacto se sancione con \$ 38.462, \$ 23.438 y \$ 15.625, respectivamente

²⁰ Cfr. Resolución N° 20/2014, considerando 23.

monto base de la sanción a aplicar el monto que correspondería aplicar por el faltante del producto ya incluido que sea asimilable²¹.

D. Antecedentes del PPC: los acuerdos de precios “informales”

La celebración de acuerdos de precios entre la Administración y diversos sectores económicos no es una práctica nueva en nuestro país. Sus primeros antecedentes pueden encontrarse bajo los gobiernos del Presidente Perón, que incluyeron medidas sobre precios y salarios²².

Otros ejemplos de acuerdos de precios en materia de hidrocarburos son más cercanos en el tiempo. Tal es el caso del “Convenio de Estabilidad de Suministro de Gas Oil” aprobado por Decreto N° 652/2002²³; el “Acuerdo de Estabilidad en el Precio Mayorista de Gas Licuado de Petróleo en el Mercado Argentino”, ratificado por Resolución N° 196/2002 del Ministerio de Economía²⁴; y el “Acuerdo para la Implementación del Esquema de Normalización de los Precios del Gas Natural en Punto de Ingreso al Sistema de Transporte” homologado por la Resolución N° 208/2004²⁵.

Los acuerdos de precios con las principales empresas de supermercados se inician en el año 2006, cuando Guillermo Moreno asume como titular de la SCI, dando lugar a una etapa que finalizaría con la creación del PPC. A continuación se desarrollarán los distintos acuerdos celebrados durante el período 2006-2013, y que denominaremos (i) los “acuerdos de precios fijos con revisión periódica”; (ii) los “acuerdos de precios de competencia”; y (iii) “los acuerdos de precios congelados”. La nota común en todos ellos es la “informalidad”, ya que se realizaron mediante acuerdos

²¹ Resolución N° 20/2014, considerando 24 y art. 2.

²² Cfr. Télam, “El país donde los acuerdos de precios funcionan y el libre mercado fracasa”, 11-II-2013, disponible en <http://www.telam.com.ar/notas/201302/7334-el-pais-donde-los-acuerdos-de-precios-funcionan-y-el-libremercado-fracasa.html> (acceso el 04-II-2019). El primer acuerdo se celebró en 1952 con la creación de la Comisión Nacional de Precios y Salarios, que tenía la función de vincular los aumentos salariales con los niveles de productividad del trabajo y evitar aumentos de precios no justificados. El segundo en 1973 como parte de la política económica del “Pacto Social”, por el cual los sindicatos, a cambio de un gran aumento salarial inicial, acordaron postergar las negociaciones colectivas durante un periodo de dos años durante los cuales prevalecerían los controles de precios, dejando que los beneficios aumentasen con la expansión de la demanda.

²³ B.O. 22-IV-2002. Al que le siguieron el “Acuerdo de Prórroga del Convenio de Estabilidad de Suministro de Gas Oil” y “Acuerdo Trimestral de Suministro de Gas-Oil al Transporte Público de Pasajeros” aprobados por Decreto N° 1912/2002 (B.O. 01-X-2002).

²⁴ B.O. 26-VII-2002. Al que le siguió el “Acuerdo de Estabilidad del Precio del Gas Licuado de Petróleo (GLP) Envasado en Garrafas de 10, 12 y 15 Kilogramos de Capacidad”, ratificado por Resolución N° 1071/2008 de la Secretaría de Energía (B.O. 01-X-2008).

²⁵ B.O. 21-IV-2004. Al que le siguió el “Acuerdo con Productores de Gas Natural 2007-2011” homologado por Resolución N° 599/2007 (B.O. 14-VI-2007),

verbales o escritos cuyos términos no se publicaron, dando a conocer únicamente los listados con los productos incluidos y sus precios. Esto derivó en la imposibilidad de conocer efectivamente cuáles eran sus términos, por lo que su descripción se realizará sobre la base de información periodística.

Todo ello sin perjuicio de las iniciativas que el entonces titular de la SCI intentaría promover para celebrar acuerdos con los sectores de la carne, automotores, textiles, laboratorios, prepagas y colegios privados²⁶; y de las medidas de control de precios dictadas en el marco de la LA sobre los sectores vinculados a hidrocarburos, alimentos, papel prensa, servicios de televisión paga y productos siderúrgicos, para fijar genéricamente precios, condiciones de producción o comercialización y obligaciones de abastecer al mercado de dichos productos²⁷.

1. *Los acuerdos de precios fijos con revisión periódica o escalonada (2006-2012)*

Los primeros acuerdos de precios con las grandes empresas de supermercados congelaron los precios de los productos incluidos y los sujetaron a actualizaciones anuales mediante revisiones en las que la SCI autorizaba aumentos en un porcentaje determinado a las empresas proveedoras y luego los comunicaba a las empresas de supermercados para que los ajusten en la misma medida. En 2011 el régimen de revisión pasó a ser periódico, entre dos y tres veces por año²⁸.

Durante esta época también se celebraron acuerdos de precios –en condiciones similares– con la cámara que agrupaba a los pequeños comerciantes minoristas (supermercados chinos, autoservicios y pequeños supermercados) que implicaron una disminución en un 20% del precio en 120 productos²⁹.

²⁶ Cfr. Página 12, “Una herramienta habitual”, 10-III-2014, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/1-67170-2014-03-10.html> (acceso el 04-II-2019), que cita la creación de los planes “Merluza para Todos”, “Milanesa para Todos”, “Carne para Todos”, “Lácteos para Todos”, “Cerdos para Todos”; y La Nación, “El programa ropa para todos del gobierno arranca con modelos masculinos”, 16-V-2016, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1582628-el-programa-ropa-para-todos-del-gobierno-arrancara-con-modelos-masculinos> (acceso el 04-II-2019), que cita la creación del plan “Ropa para todos”.

²⁷ Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2015, 262-278. De todas las medidas mencionadas, las medidas más conocidas probablemente hayan sido las relacionadas a las supuestas infracciones de Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. a la Resolución N° 25/2006 de la SCI (B.O. 25-X-2006), dado que motivaron una serie de multas millonarias y denuncias penales contra sus directores.

²⁸ Cfr. La Nación, “Moreno autorizó un nuevo aumento de hasta 9% en los productos de la canasta básica”, 11-XII-2012, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1535637-moreno-autorizo-un-nuevo-aumento-de-hasta-9-en-los-productos-de-la-canasta-basica> (acceso el 04-II-2019).

²⁹ Cfr. La Nación, “Moreno lanza una nueva canasta”, 12-III-2009, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1107756-moreno-lanza-una-nueva-canasta> (acceso el 04-II-2019).

Los productos se clasificaban en tres tipos: “masivos”, “selectivos” y “premium”. La clasificación tenía importancia para definir el porcentaje del precio que se autorizaba a aumentar, que no era global sino según su categoría, siendo mayores en los productos dirigidos a los consumidores de ingresos más altos y menores en los productos dirigidos a las clases bajas³⁰.

Sin embargo, estos acuerdos fueron criticados por los consumidores por la falta de cumplimiento por parte de los comercios³¹, y por los propios comercios que pusieron en duda la posibilidad de cumplir³². En igual sentido, las grandes empresas de supermercados tampoco cumplieron regularmente con tales acuerdos debido a una situación de desabastecimiento provocada, según los especialistas, por el control de precios de la SCI³³.

2. *Los acuerdos de precios de competencia (2012)*

La situación descripta llevó a la SCI a replantearse el sistema implementado y a buscar nuevas alternativas. Esto podría explicar que en octubre de 2012 haya acordado con los supermercados una nueva lista de 300 productos a “precios rebajados” y “con GPS”³⁴.

La novedad de este sistema estaría en la ausencia de precios fijos y máximos para que cada empresa ponga un precio “de oferta” a fin de generar competitividad con las otras. Además, el listado de productos publicado por cada empresa en la página web oficial vendría acompañado de un “geolocalizador”, que permitiría a los consumidores conocer el lugar más cercano a su hogar para encontrar esas ofertas. Sin embargo, este sistema tampoco tuvo el éxito esperado para contener la inflación³⁵.

³⁰ Cfr. La Nación, “Se desacelera la ola de aumentos de precios que autoriza Moreno”, 30-IV-2012, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1469289-se-desacelera-la-ola-de-aumentos-de-precios-que-autoriza-moreno> (acceso el 04-II-2019).

³¹ Cfr. La Nación, “Sin noticias de la canasta de alimentos rebajados”, 17-III-2009, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1109488-sin-noticias-de-la-canasta-de-alimentos-rebajados> (acceso el 04-II-2019).

³² Cfr. La Nación, “Supermercadistas chinos denunciaron amenazas tras criticar la política de precios de Moreno”, 03-VII-2009, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1146626-supermercadistas-chinos-denunciaron-amenazas-tras-criticar-la-politica-de-precios-de-moreno> (acceso el 04-II-2019).

³³ Cfr. La Nación, “Se hace permanente el faltante de productos que controla Moreno”, 14-V-2012, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1472986-se-hace-permanente-el-faltante-de-productos-que-controla-moreno> (acceso el 04-II-2019).

³⁴ Cfr. La Nación, “Moreno ya acordó con los supermercados la lista de 300 productos a precios rebajados”, 11-X-2012, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1516157-moreno-ya-acordo-con-los-supermercados-la-lista-de-300-productos-a-precios-rebajados> (acceso el 04-II-2019).

³⁵ Cfr. La Nación, “Un cambio en el que ni Cristina parece confiar”, 05-II-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1551897-un-cambio-en-el-que-ni-cristina-parece-confiar> (acceso el 04-II-2019).

3. *Los acuerdos de precios congelados (2013)*

En febrero de 2013, el esquema se modificó mediante un “acuerdo” para implementar un congelamiento generalizado de los precios de los productos por dos meses³⁶. Sin embargo, dicho “acuerdo” se criticó porque, en realidad, habría sido una imposición de la SCI para retrotraer los precios al 1 de febrero que se extendía a todos los productos comercializados por las empresas de supermercados³⁷.

Para garantizar su cumplimiento, la SCI estableció una política de “tolerancia cero” y ordenó inspecciones en los locales de las empresas de supermercados para controlar variaciones en los precios y la disponibilidad de los productos, entre otras condiciones de abastecimiento³⁸.

Su vigencia se prorrogó sucesivamente. La primera vez hasta el 31 de mayo de 2013³⁹, cuando se volvió al sistema de aumentos de precios escalonados que autorizaba los aumentos según la categoría de los productos (*premium*, selectivos y masivos)⁴⁰. Luego, se prorrogó hasta el 31 de junio de 2013 con las siguientes modificaciones: (i) se congelaron los precios de sólo 500 productos (frente al congelamiento “total” de los precios unos 10.000 productos); (ii) se incluyeron a las principales cadenas de supermercados (frente a la inclusión de empresas de todos los tamaños y sectores); (iii) se incluyeron listas de productos y precios para su identificación en las góndolas (frente a la falta de elementos de identificación); (iv) se obligó a garantizar la existencia del producto (frente a la sola fijación de su precio); y (v) se congelaron los precios por tiempo determinado (frente a una fijación de precios máximos con actualizaciones periódicas)⁴¹. Los precios de los productos excluidos fueron liberados.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cfr. La Nación, “Obligan a los supermercados a congelar precios por 60 días”, 05-II-2013, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/1551885-obligan-a-los-supermercados-a-congelar-precios-por-60-dias> (acceso el 12-II-2019).

³⁸ Cfr. La Nación, “Mandan inspectores a vigilar los precios en las góndolas”, 13-II-2016, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1554174-mandan-inspectores-a-vigilar-los-precios-en-las-gondolas> (acceso el 12-II-2019).

³⁹ Cfr. La Nación, “Supermercados confirman que los precios van a permanecer congelados hasta el 31 de mayo”, 26-III-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1567048-supermercados-confirman-que-los-precios-van-a-permanecer-congelados-hasta-el-31-de-mayo> (acceso el 12-II-2019).

⁴⁰ Cfr. La Nación, “Moreno descongelará el precio de varios productos en mayo”, 21-III-2016, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1565462-moreno-descongelara-el-precio-de-varios-productos-en-mayo> (acceso el 12-II-2019).

⁴¹ Cfr. La Nación, “Extienden el congelamiento de precios pero se reducirá a 500 productos”, 14-V-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1581859-extienden-el-congelamiento-de-precios-pero-se-reducira-a-500-productos> (acceso el 12-II-2019).

El nuevo régimen también fue criticado. En primer lugar, por las empresas de supermercados, que entendieron que la única forma de que no haya aumentos de precios era que el congelamiento vincule a todos los sectores relacionados (industria, distribución y comercialización), y que haya acuerdos escritos con listados de los productos explícitos y públicos que permitieran su control. En segundo lugar, estudios universitarios lo criticaron al entender que violaba la LDCo⁴². Y, en tercer lugar, las consultoras de defensa de los consumidores lo criticaron porque entendían que, al ser acuerdos “verbales”, su incumplimiento no sería sancionado, *máxime* ante la inexistencia de una ley que permitiera establecer precios fijos⁴³.

No obstante lo dicho con relación a la falta de un régimen que permita sancionar incumplimientos, la SCI especuló con aplicar sanciones bajo la LA⁴⁴ o la LDC⁴⁵, e incluso habría notificado a las empresas de supermercados que “la falta de cumplimiento del compromiso asumido las haría pasibles de las sanciones establecidas por la Ley 20.680 de Abastecimiento” mediante Resolución N° 63/2013, incluyendo la posibilidad de clausurar los locales⁴⁶. Esta conducta resultaría congruente con las amenazas a los exportadores de trigo sobre el posible decomiso de su mercadería sino la insertaban en el mercado⁴⁷ bajo el régimen de la Resolución N° 67/2013⁴⁸, que se funda en la LA.

Si bien este acuerdo se prorrogó hasta fin de año, el *ex* titular de la SCI no llegaría a cumplirlo pues el 20 de noviembre de 2013 dejó su cargo a Augusto Costa.

⁴² Cfr. La Nación, “Advierten que se viola una ley”, 08-II-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1552863-advierten-que-se-viola-una-ley> (acceso el 12-II-2019). Según estudios de la Universidad de Belgrano, el congelamiento de precios violaría el inc. a del art. 2 de la anterior LDCo en cuanto prohíbe “[f]ijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado”.

⁴³ Cfr. La Nación, “Moreno no puede sancionar a los que no cumplan el congelamiento”, 24-V-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1585249-moreno-no-puede-sancionar-a-los-que-no-cumplan-el-congelamiento> (acceso el 12-II-2019).

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Cfr. La Nación, “Congelamiento, Moreno podrá clausurar los supermercados que no lo cumplan”, 28-V-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1586206-congelamiento-moreno-podra-clausurar-los-supermercados-que-no-lo-cumplan> (acceso el 12-II-2019).

⁴⁶ Cfr. La Nación, “Clausuraron cuatro supermercados por no cumplir con el congelamiento de precios”, 04-VII-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1598160-clausuraron-cuatro-supermercados-por-no-cumplir-con-el-congelamiento-de-precios> (acceso el 12-II-2019).

⁴⁷ Cfr. La Nación, “Moreno dijo a exportadores de trigo que si no venden les decomisará el cereal”, el 04-VII-2013, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1598058-moreno-dijo-a-exportadores-de-trigo-que-si-no-venden-les-decomisara-el-cereal> (acceso el 12-II-2019).

⁴⁸ B.O. 05-VII-2013.

E. La entrada en vigencia, reforma y aplicación del PPC, y las normas complementarias de la política de control de precios entre 2014 y 2015

El Convenio PPC firmado entre la SC y las empresas de supermercados a principios de 2014 sobre la base de la Resolución 2/2014 fue objeto de múltiples modificaciones. Además, la SC ejerció una intensa actividad de contralor mediante la inspección de los locales y la sanción de los incumplimientos con multas que luego eran revisadas judicialmente por la CNACAF. Finalmente, la SC emitió múltiples normas que complementaron la política de control de precios iniciada con el PPC. A continuación se desarrollarán estas cuestiones.

1. La entrada en vigencia y reforma del PPC

El PPC entró en vigencia en enero de 2014, cuando la SC firmó los Convenios PPC con las empresas de supermercados que tenían cadenas nacionales (Coto, Jumbo, Vea, Disco, Día, La Anónima, Josimar, Carrefour, Walmart y Chango Más)⁴⁹.

Incluyó una canasta de 194 productos que podían ser consultados por los consumidores en la página oficial –junto con sus precios– y adquiridos en las empresas de supermercados adheridas al mismo, si bien sólo en las sucursales de Capital Federal y Gran Buenos Aires⁵⁰. Las revisiones trimestrales de precios se instrumentaron mediante acuerdos celebrados entre las empresas de supermercados y la SC que modificaron los Convenios PPC, actualizaron los precios, incluyeron nuevos productos y expandieron su alcance a todo el país.

También se incorporaron cláusulas interpretativas de las obligaciones asumidas por las empresas de supermercados en el Convenio PPC que precisaron su alcance: para cumplir con la “obligación oferta”, bastaba con que las empresas tuvieran disponibles para la venta el ochenta por ciento (80%) del total de los productos y los que integraban los “rubros esenciales” (aceite, yerba, azúcar, leche y harina); y para cumplir con la “obligación de exhibir los precios y hacer publicidad”, bastaba con que –al menos– las empresas exhibieran el precio en el ochenta y cinco por ciento (85%) de los productos.

⁴⁹ Cfr. Télam, “El programa de “Precios Cuidados” llega a toda la Argentina”, publicado el 17-I-2014, disponible en <http://www.telam.com.ar/notas/201401/48491-el-programa-de-precios-cuidados-llega-a-toda-la-argentina.html> (acceso el 18-II-2019).

⁵⁰ Cfr. La Nación, “El gobierno prometió la provisión de todos los productos del acuerdo de precios”, 07-I-2014, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1653572-el-gobierno-prometio-la-provision-de-todos-los-productos-del-acuerdo-de-precios> (acceso el 21-II-2016).

2. *La aplicación práctica del PPC: la actividad de contralor de la SC*

Si bien el Convenio PPC no tipificaba como infracciones los incumplimientos de las empresas de supermercados al PPC ni las sanciones a aplicar en tales casos, lo cierto es que las empresas debían cumplir con las obligaciones asumidas bajo apercibimiento de ser sancionadas. Ello, pues el gobierno amenazó reiteradamente con aplicar sanciones de multa o clausura a aquellas empresas que no respetaran el Convenio PPC o que trasladaren los aumentos producidos por las variaciones en el valor del dólar para garantizar el abastecimiento y precios razonables⁵¹.

A tal fin, la SC realizó múltiples inspecciones en los locales para controlar el cumplimiento del PPC, verificando que las empresas de supermercados (i) tuvieran *stock* de los productos; (ii) exhibieran los productos a los precios acordados; (iii) exhibieran los carteles indicadores del precio y de su inclusión en el PPC en góndola; y (iv) exhibieran un cartel con el listado de productos incorporados al ingreso de la tienda y los que tuvieran faltante justificado. Dichos incumplimientos podían generar infracciones al art. 7 de la LDC (falta de *stock*), al art. 9 de la LLC (exhibición de un producto a un precio distinto del acordado) o a normas reglamentarias de la LLC⁵².

Al 14 de febrero de 2014, la SC ya había labrado 141 actas de inspección con motivo del control del PPC, e impuesto sanciones económicas en ocho de estas por un valor total de \$3.337.800⁵³. Al 5 de marzo de 2014, el SC señaló que el número de actas había ascendido a 250, que la mayoría se convertirían en multas y recalcó la posibilidad de aplicar la sanción de clausura si algún supermercado incumplía serialmente el PPC, dado que la LDC lo permitiría⁵⁴. Hacia mayo de 2014, las multas a las empresas de supermercados habrían alcanzado la suma de \$31.000.000 y, con relación a los

⁵¹ Cfr. La Nación, “El Gobierno amenaza con clausuras a los comercios que no cumplan el plan precios cuidados”, 28-I-2014, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1659195-el-gobierno-amenaza-con-clausuras-a-los-comercios-que-no-cumplan-el-plan-precios-cuidados> (acceso el 31-I-2016).

⁵² Por ej. la falta de exhibición del precio se consideró una infracción a los arts. 2 y 5 de la Resolución N° 7/2002 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (B.O. 11-XI-2002).

⁵³ Cfr. Clarín, “Anunciaron fuertes multas a supermercados por incumplir los Precios Cuidados”, 14-II-2014, disponible en http://www.ieco.clarin.com/Anunciaron-supermercados-incumplir-Precios-Cuidados_0_1084691921.html (acceso el 12-II-2019).

⁵⁴ Cfr. Clarín, “Precios Cuidados: multas de hasta \$5 millones para los supermercados”, 05-III-2014, disponible en http://www.clarin.com/politica/Precios-Cuidados-establecen-sanciones-faltante_0_1096090604.html (acceso el 12-II-2019).

proveedores, se anunció la imposición de sanciones por entregas de cantidades menores y ventas a precios mayores de los acordados⁵⁵.

3. *La jurisprudencia de la CNACAF sobre el PPC*

Como consecuencia de las multas que la SC impuso a las empresas de supermercados, y los recursos directos que éstas presentaron ante la justicia cuestionando tales multas, la CNACAF emitió una constante y uniforme jurisprudencia sobre el PPC⁵⁶ que –en términos generales– confirmó dichas multas, si bien en algunos casos redujo el monto.

La CNACAF nunca se expidió sobre la naturaleza jurídica del PPC, las Normas PPC o el Convenio PPC, pero sí se expidió sobre los siguientes puntos: (i) al firmar el Convenio PPC, las empresas de supermercados se obligaron a realizar una oferta en los términos del art. 7 de la LDC; (ii) tener stock de los productos no bastaba si dichos productos “no se encontraban efectivamente a disposición del público en forma constante e ininterrumpida”; (iii) la falta de provisión de productos por parte de los proveedores sólo podía ser justificada por las empresas de supermercados mediante los mecanismos incluidos en el Convenio PPC; (iv) la celeridad con la que se tramitaban los procedimientos administrativos y la falta de control de los proveedores no resultaban suficientes para demostrar que la SC ejerció su competencia con desviación en la finalidad; (v) las empresas de supermercado realizaban una “oferta” al exhibir en su local mediante un listado, revista y cartel los productos incluidos en el PPC; (vi) la graduación del *quantum* de la multa era resorte primario del órgano administrativo, titular de la potestad para sancionar, y si bien su ejercicio estaba sujeto al control

⁵⁵ Cfr. Clarín, “Kicillof apunta ahora a los fabricantes por los Precios Cuidados”, 12-V-2014, disponible en http://www.ieco.clarin.com/economia/kicillof-apunta-fabricantes-precios-cuidados_0_rkbV9ETcPQg.html (acceso el 12-II-2019).

⁵⁶ CNACAF, Sala I, *Wal-Mart Argentina S.R.L. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.423/2014), 16-VII-2014; Sala II, *INC SA c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.401/2014), 06-XI-2014, *Día Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.432/2014), 18-II-2015, y *Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.402/2014), 12-II-2015; Sala III, *Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo Ley 24.240 – art. 45*, (Causa N° 5.590/2014), 21-IV-2015; Sala IV, *Coto CICSA c/ DNCI s/ Recurso Directo Ley 24.240 – art. 45*, (Causa N° 5.586/2014), del 29-IX-2015; Sala IV, *Día Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.434/2014), 07-XII-2017; y Sala V, *Día Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.433/2014), 18-II-2015, y *Wal-Mart Argentina S.R.L. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.406/2014), 10-IV-2015. Por su parte, la CSJN nunca se expidió sobre el PPC, dado que rechazó los recursos contra las sentencias de la CNACAF con fundamento en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

judicial de su legalidad y razonabilidad, éste no podía reemplazar el criterio de la SCI cuando su ejercicio era razonable; (vii) resultaba suficiente la motivación de la SC que fundaba la sanción en las circunstancias del caso, los elementos indicados en el art. 49 de la LDC, la posición relevante de la infractora en el mercado, el número de productos en transgresión, el perjuicio significativo generado al consumidor y el informe de antecedentes; y (viii) que tampoco era desproporcionada teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y los límites máximos y mínimos.

Finalmente, la CSJN nunca se expidió sobre el PPC, dado que rechazó todos los recursos que impugnaban las sentencias de las CNACAF con fundamento en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4. *Las normas complementarias de la política de control de precios de la SC*

Resulta relevante mencionar otras normas posteriores al PPC que si bien no estaban vinculadas al PPC, sí dan un mejor contexto y reflejan la postura de la Administración en materia de control de precios vigente en ese momento.

Así, la SC creó mediante las Resoluciones N° 29/2014⁵⁷, 17/2015⁵⁸, 369/2015⁵⁹ y 386/2015⁶⁰ el “Régimen Informativo de Precios”, el “Sistema de Monitoreo de Abastecimiento y Disponibilidad de Bienes e Insumos”, la “Defensoría de las Buenas Prácticas Comerciales para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa” y el “Programa de Acceso de Productos Regionales Argentinos en las Grandes Superficies de Venta”, respectivamente. Por su parte, el Congreso dictó las Leyes N° 26.991⁶¹, 26.992⁶² y 26.993⁶³ por las cuales modificó la LA, creó el “Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios” y creó el “Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo”, respectivamente. Finalmente, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 203/2015⁶⁴, que designó a la SC como autoridad de aplicación de la LA, estableció que las indemnizaciones a pagar por el ejercicio de las atribuciones otorgadas por el art. 2, inc. c de la LA se determinarían de acuerdo al art. 5 de la Ley N° 26.994⁶⁵ que regula la responsabilidad estatal por su actividad legítima, y

⁵⁷ B.O. 18-III-2014.

⁵⁸ B.O. 18-II-2015.

⁵⁹ B.O. 11-IX-2015.

⁶⁰ B.O. 18-IX-2015.

⁶¹ B.O. 19-IX-2014.

⁶² B.O. 19-IX-2014.

⁶³ B.O. 19-IX-2014.

⁶⁴ B.O. 12-II-2015.

⁶⁵ B.O. 08-X-2014.

creó el Registro Naciones de Infracciones a la LA⁶⁶; y el Decreto N° 1311/2015⁶⁷ que creó la “Nueva Doctrina de Inteligencia Nacional”⁶⁸.

F. La continuidad y reforma del PPC luego del cambio de gobierno y hasta la actualidad

El cambio de gobierno en 2015 no afectó la vigencia del PPC, que se mantiene hasta nuestros días. El nuevo titular de la SC dictó la Resolución N° 525/2018⁶⁹ por la cual, teniendo en cuenta las ventajas que el PPC habría generado⁷⁰, modificó el sistema implementado mediante la Resolución 2/2014. En este sentido, la SC designó a la Subsecretaría de Comercio Interior como autoridad de aplicación del PPC, facultándola a (i) elaborar y aprobar nuevos modelos de convenio a firmar con las empresas de supermercados y las proveedoras; (ii) renegociar los términos de los convenios ya firmados y firmar los convenios correspondientes; y (iii) coordinar con los gobiernos locales su fiscalización⁷¹. Finalmente, dispuso que los incumplimientos al PPC serían sancionados de acuerdo a la LDC y derogó la Resolución N° 20/2014⁷².

Como consecuencia de las negociaciones mantenidas con los distintos sectores involucrados, la Subsecretaría de Comercio Interior emitió la Disposición N° 46/2018, que aprobó los nuevos modelos de convenios de PPC, luego sustituidos por los modelos de convenios de PPC aprobados por la Resolución N° 51/2019⁷³, que también derogó la Resolución 2/2014, la Resolución N° 525/2018 y la Disposición N° 46/2018⁷⁴.

En particular, el modelo de Convenio PPC bajo la Resolución N° 51/2019 aplicable a las empresas de supermercados mayoristas cuenta con 17 cláusulas y seis

⁶⁶ Cfr. Decreto N° 203/2015, arts. 1-3.

⁶⁷ B.O. 07-VII-2015.

⁶⁸ Cfr. Decreto N° 1311/2015, art. 1 y Anexo I. Dicha doctrina estaba orientada a la producción y gestión de conocimientos acerca de ciertas problemáticas relevantes en materia de defensa nacional y seguridad interior como pueden ser –entre otros– los atentados contra el orden constitucional y la vida democrática por grupos económicos y/o financieros –empresas, bancos, compañías financieras, etc.– que lleven a cabo acciones tendientes a la desestabilización de gobiernos democráticos mediante corridas bancarias y cambiarias, desabastecimiento, y “golpes de mercado”, entre otras medidas.

⁶⁹ B.O. 05-IX-2018.

⁷⁰ Cfr. Resolución N° 525/2018, considerando 6-8. En especial, la SC consideró que el PPC era una herramienta valiosa para garantizar el precio de referencia de ciertos productos de consumo masivo; que había incrementado progresivamente la cantidad de productos y diversificado los rubros incluidos; y que era conveniente darle continuidad para seguir fortaleciendo el mercado interno.

⁷¹ Cfr. Resolución N° 525/2018, art. 1.

⁷² Cfr. Resolución N° 525/2018, arts. 2 y 3.

⁷³ Cfr. Resolución N° 51/2019, arts. 1-4 y Anexos I-IV, que incluyen distintos modelos según estén dirigidos a (i) empresas de supermercados minoristas, (ii) empresas proveedoras, (iii) empresas de supermercados mayoristas y (iv) empresas de autoservicios de cercanía.

⁷⁴ Cfr. Resolución N° 51/2019, arts. 9, 10 y 11.

anexos⁷⁵. De su comparación con el Convenio PPC aprobado bajo la Resolución 2/2014 se concluye que si bien se incluyeron avances para dar mayor seguridad jurídica (como la tipificación de las infracciones⁷⁶), lo cierto es que mantiene en forma sustancial la misma estructura, ya que las principales obligaciones siguen estando en cabeza de las empresas de supermercado (obligadas a vender los productos mencionados en los Anexos 1 y 2 a los precios de venta mencionados en el Anexo 3⁷⁷), restando verificar su aplicación práctica.

⁷⁵ Anexo 1: Productos esenciales; Anexo 2: Productos de la canasta general; Anexo 3: Listado general y precios por zona geográfica; Anexo 4: Productos con revisión periódica; Anexo 5: Listado de sucursales; y Anexo 6: Procedimiento de fiscalización del PPC.

⁷⁶ Se incluyeron disposiciones especiales sobre (i) los deberes de exhibición de cartelera para distinguir los productos incluidos en el PPC (cláusula quinta); (ii) división del régimen aplicable a los productos del PPC según sean “productos esenciales” (cláusula sexta) y de “canasta general” (cláusula séptima); (iii) deber de vender los productos que se incluyan con posterioridad al precio de venta indicado en el Anexo 3 (cláusula octava); (iv) actualización de los precios finales de comercialización de los productos (cláusula novena); (v) división de las tareas en la SCI, encargada de fiscalizar el cumplimiento del PPC, y de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, encargada de aplicar las multas (cláusula décima primera); (vi) tipificación de las posibles infracciones al PPC (cláusula décima segunda); (vii) plazo de vigencia (cláusula décima cuarta); y (viii) mecanismo de solución de controversias (cláusula décima sexta).

⁷⁷ Cfr. Resolución N° 51/2019, Anexo I, cláusulas primera, segunda y tercera.

CAPÍTULO II

APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PPC, LAS NORMAS PPC Y EL CONVENIO PPC

A. Planteamiento general

En este capítulo se plantea la relevancia jurídica de definir cuál es la naturaleza jurídica del PPC (§ II.B); se exponen breves nociones sobre regulación económica que serán necesarias para ello (§ II.C); se propone un concepto del PPC (§ II.D); se analiza la naturaleza jurídica del PPC (§ II.E) y de las fuentes que lo crean (Normas PPC y Convenio PPC) y, en particular, las dificultades que ello plantea en el derecho argentino (§ II.F).

B. Relevancia jurídica de definir qué es el PPC

Definir qué es el PPC es jurídicamente relevante porque sólo así se podrá establecer cuál es el régimen jurídico que le resulta aplicable y, en consecuencia, sus requisitos de validez, efectos y mecanismos aplicables para su impugnación.

C. Breves nociones sobre regulación económica

A continuación se realizará un breve desarrollo de lo que se entiende por “regulación económica”, que será esencial para entender la naturaleza jurídica del PPC.

1. Concepto de regulación económica: fines perseguidos y medios empleados

Nuestro sistema constitucional reconoce, entre otros derechos, el derecho a la propiedad (CN, art. 17) y el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, comerciar, y a usar y disponer de la propiedad (CN, art. 14). También reconoce que tales derechos no pueden ejercerse en forma absoluta, si no de acuerdo a “las leyes que reglamenten su ejercicio” (CN, art. 14), debiendo dichas leyes ser razonables (CN, art. 28).

El Estado históricamente intervino en el ejercicio de los derechos de propiedad privada y libertad económica dictando normas que se englobaron en lo que genéricamente se denominó “regulación económica”. A través de dichas normas, el Estado pretende incidir en las personas para que se comporten en forma distinta a como lo harían en su ausencia y, de ese modo, cumplir ciertos objetivos. Por ello se dice que la regulación económica emplea ciertas “medidas” para alcanzar ciertos “fines” y, según

el alcance que se otorgue a tales medidas y fines, el concepto de regulación económica puede ser amplio o restringido.

Por el lado de los “fines” que el Estado puede perseguir al dictar una medida de regulación económica (el “para qué”), el concepto será “restringido” si sólo se aceptan las medidas que persiguen objetivos económicos, es decir, dirigidas a combatir las “fallas del mercado”⁷⁸; y será “amplio” si se incluyen las medidas dictadas con objetivos éticos y/o sociales, dirigidas a combatir la desigualdad de riqueza o la disparidad de fuerzas de negociación y organización de ciertos individuos o sectores del mercado frente a otros⁷⁹. Por el lado de las “medidas” que el Estado puede utilizar para regular los derechos (el “cómo”), el concepto de regulación económica será “restringido” si se entiende que sólo puede utilizar las medidas de intervención “directas” (control sobre el proceso de producción o de comercialización de bienes y servicios); y será “amplio” si se incluyen las medidas “indirectas” (incentivos, tributos, etc.).

Tales factores podrían mezclarse a fin de obtener un concepto de regulación económica amplio en ambos aspectos, restringido en ambos aspectos o mixto. Tomaremos un concepto de regulación económica amplio en ambos sentidos. Así, del análisis de las definiciones de diversos autores⁸⁰ entendemos que la regulación económica es un tipo de reglamentación del derecho de propiedad privada y libertad económica, permanente o transitoria, por la cual el Estado interviene en los mercados en forma directa (mediante el establecimiento de reglas coercitivas) o indirectas (mediante medidas de incentivo o fomento) y altera de ese modo el funcionamiento que los mismos tendrían espontáneamente, con fines económicos o sociales.

2. *Clasificación de las actividades comprendidas en la regulación económica*

La regulación económica es un concepto genérico comprensivo de dos tipos de regulaciones que se distinguen por sus fines y medios: (i) las regulaciones generales del mercado y (ii) las regulaciones para el abastecimiento.

⁷⁸ Por ej.: externalidades, asimetrías de información y las situaciones de monopolio y de competencia imperfecta.

⁷⁹ Cfr. CASTRO VIDELA – MAQUEDA FOURCADE, *Tratado...*, 100.

⁸⁰ *Idem*, 96-98; y AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Competencia y Regulación Económica – lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en AA.VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004, 82.

a. Regulaciones generales del mercado

Las regulaciones generales del mercado son “aquellas normas que establecen las reglas generales de la competencia en el mercado y para la protección de la buena fe y los derechos de los consumidores, fijando distintas obligaciones para los agentes económicos que intervienen en él”⁸¹. Ejemplos de este tipo de regulaciones son la LDC, LLC y LDCo.

El fin inmediato de las reglas generales del mercado es asegurar la libre competencia y la tutela de la buena fe y de los derechos de los consumidores como presupuestos necesarios para permitir el libre proceso de mercado. Para ello, utilizan medidas tales como la prohibición o sanción de ciertas conductas o el establecimiento de ciertas reglas generales para la realización de las actividades económicas.

Finalmente, este tipo de regulación se caracteriza por que sus normas resultan aplicables en forma genérica y amplia a todas las actividades económicas, siendo a su vez de carácter permanente (no sujetas a un período de vigencia).

b. Regulaciones para el abastecimiento

La regulación para el abastecimiento es “una especie de regulación económica, que puede ser transitoria o permanente, cuya finalidad es garantizar la producción o provisión en el mercado interno, a un determinado precio o margen de precio, de bienes que se consideran esenciales, mediante la imposición de precios máximos o controles de la producción, la adopción de medidas fiscales o aduaneras, o la publicación de actividades privadas libres calificadas como ‘servicio público’ para su prestación directa o indirecta por parte del Estado, o la sanción de diversas conductas empresariales que afectarían dicho abastecimiento interno –generalmente mediante su tipificación como infracción o delito penal–”⁸².

Su fin inmediato es el adecuado abastecimiento interno, es decir, la producción o provisión en el mercado interno a un determinado precio o margen de precios, de cierto bien o bienes que se consideran esenciales. Sin embargo, también se pueden utilizar con otros fines (incluso contrarios al fin inmediato), tales como: controlar la inflación, redistribuir el ingreso, luchar contra el acaparamiento, la especulación y el agio o defender los derechos de los consumidores o la competencia⁸³. Utiliza medidas tales como el control de precios y de la producción, las medidas fiscales, la

⁸¹ Cfr. CASTRO VIDELA – MAQUEDA FOURCADE, *Tratado...*, 111.

⁸² *Idem*, 100-101. Los autores mencionados dan allí una definición fenomenológica.

⁸³ *Idem*, 101-102.

publicación de la actividad y la tipificación de delitos penales e infracciones y sus sanciones⁸⁴.

Finalmente, la regulación para el abastecimiento comprende, a su vez, tres clases de regímenes: (i) leyes de abastecimiento y control de precios; (ii) regulación sectorial para el abastecimiento en las actividades de interés general⁸⁵; y (iii) marcos regulatorios de los servicios públicos⁸⁶.

En particular, nos interesan las leyes de abastecimiento y control de precios, definidas como “normas de carácter federal dictadas por el Congreso para asegurar el abastecimiento de bienes y servicios considerados esenciales para la sociedad, que establecen infracciones y/o delitos con significativas sanciones económicas y delegan en el Poder Ejecutivo –autorizándolo a subdelegar– amplias facultades de regulación económica [...]”⁸⁷. El ejemplo más claro es la LA. Este tipo de normas puede tener carácter permanente y amplio (por ej. los arts. 2 y 4 de la LA, que establecen obligaciones y atribuyen potestades) o transitorio y restringido (por ej. las normas dictadas en ejercicio de las potestades atribuidas por el art. 2 de la LA). Las medidas usuales dictadas bajo estas leyes son los controles de precios y de la producción.

Los controles de precios pueden materializarse mediante dos mecanismos básicos: la fijación de precios máximos y de precios mínimos (que pueden asumir diferentes variantes)⁸⁸. Así, el Estado podría fijar unilateralmente los precios a los que deberían comercializarse los productos regulados con fundamento en las facultades genéricas otorgadas por la LA para intervenir en casi cualquier actividad económica⁸⁹ (como ocurrió en la industria hidrocarburífera, alimentaria, del papel periódico, del

⁸⁴ *Idem*, 102.

⁸⁵ *Idem*, 110. Se las define como “normas de carácter federal y se caracterizan principalmente por imponer, en un contexto de regulación total o parcialmente integral, precios máximos y obligaciones de abastecer la demanda del mercado interno”. Tienen un ámbito de aplicación permanente y restringido a un tipo de actividad comercial/industrial. Algunos ejemplos son las regulaciones con relación a las industrias de las farmacias, medicamentos, hidrocarburos, etc.

⁸⁶ *Idem*, 110-111. Son normas de carácter federal y se caracterizan por convertir la actividad en una competencia estatal y retirarla del libre mercado, pudiendo el Estado establecer los precios y las condiciones en que habrá de ser prestado, sea por sí o mediante terceros bajo su control. Tienen carácter permanente y restringido a un tipo de actividad comercial/industrial. Algunos ejemplos son el servicio de transporte y distribución de agua potable, servicio de agua potable, transporte y distribución de energía eléctrica y gas, etc.

⁸⁷ *Idem*, 109.

⁸⁸ *Idem*, 489. Tales variantes podrían ser: 1) precios máximos y/o mínimos propiamente dichos; 2) reducción y/o aumento de precios; 3) congelamiento de precio; 4) precios fijos; 5) márgenes de utilidad; 6) prohibición de precios abusivos; 7) esquemas de compensaciones; 8) control de cambios; 9) leyes de usura y regulación de tasas de interés; y 10) prohibición de indexación o repotenciación de deudas.

⁸⁹ LA, art. 2, inc. a.

servicios de televisión paga y siderúrgica⁹⁰), o en las facultades especiales que le permiten fijar precios en actividades económicas específicas⁹¹.

Los controles de la producción mandan realizar, prohíben o restringen determinadas conductas vinculadas con el proceso de fabricación, distribución, intermediación y comercialización de bienes o servicios (por ej. las medidas que determinan qué procedimientos de producción utilizar, que obligan a abastecer la demanda interna, que fijan cupos máximos o mínimos de producción, y que prohíben o condicionan la comercialización).

D. Concepto del PPC

De acuerdo al régimen normativo del PPC (§ I.C), al relato de sus antecedentes (§ I.D), a su aplicación práctica durante 2014 y 2015 (§ I.E) y luego del cambio de gobierno (§ I.F), y a las nociones sobre regulación económica expuestas (§ II.C), el PPC puede definirse como una medida de regulación económica que establece un régimen de administración de precios de ciertos productos, elaborada por la SC e instrumentada mediante convenios celebrados entre ésta y las empresas involucradas.

De dicho concepto se extrae que el PPC, en tanto “medida de regulación económica”, entraña una actividad estatal de intervención en la economía y, en particular, en el sector de producción y comercialización de tales productos. Este aspecto constituye el fondo o la faz sustancial del PPC. También se extrae que si bien el PPC fue creado en forma unilateral por la SC (mediante las Normas PPC), su vigencia práctica está sujeta a la firma de convenios entre la SC y las empresas de supermercados (mediante el Convenio PPC). Este aspecto constituye la forma o la faz adjetiva del PPC. A continuación se desarrollan ambos temas.

E. Faz sustantiva del PPC: el PPC como medida de regulación económica, ¿regulación general del mercado o regulación para el abastecimiento?

Al conceptualizar al PPC como una medida de regulación económica, lo definimos como un tipo de reglamentación del derecho de propiedad privada y libertad económica con fines económicos y/o sociales, transitorio, por el cual la SC interviene en

⁹⁰ Un análisis de las regulaciones mencionadas puede verse en CASTRO VIDELA – MAQUEDA FOURCADE, *Tratado...*, 270-280 y 518-522.

⁹¹ Como las que surgen de la Leyes N° 26.020 que aprobó el Régimen Regulatorio de la Industria y Comercialización de Gas Licuado de Petróleo (B.O. 08-IV-2005), N° 26.344 que aprobó el Régimen de Promoción de la Producción de Bioetanol (09-I-2008) y N° 26.522 de Servicios Comunicación Audiovisual (10-X-2009), entre muchas otras.

el mercado y altera el funcionamiento que tendría espontáneamente. Lo dicho tiene fundamento en diversas cuestiones.

Primero, el PPC es un “tipo de reglamentación del derecho de propiedad privada y libertad económica”: el PPC tiene su origen en las Normas PPC, que fijan el contenido del Convenio PPC que la SC deberá celebrar con las empresas de supermercados para regular la comercialización de ciertos productos mediante un “régimen de administración de precios”. Del análisis del Convenio PPC (§ I.C.1 y § I.F) surge que incluye –principalmente– obligaciones a cargo de dichas empresas.

Segundo, dictado “con fines económicos o sociales”: del análisis de los fundamentos de las Normas PPC (§ I.C.1 y § I.F) surge que el PPC persigue tanto fines económicos como sociales, tales como la defensa los derechos de los consumidores; la mejor organización de los mercados y las condiciones de abastecimiento, precio y calidad; el fortalecimiento del mercado interno; la mejora de la competitividad; y garantizar el precio de referencia de ciertos productos de consumo masivo, entre otros.

Tercero, de carácter “transitorio”: si bien las Normas PPC no tienen un plazo de vigencia, su efectiva vigencia está predeterminada por la necesidad de firmar el Convenio PPC para que produzca efectos, el cual si establece un plazo.

Cuarto, por el cual “la SC interviene en el mercado”: si bien la intervención no genera efectos en sí misma, ello no quita que sea una injerencia de la Administración en el mercado orientada a producir efectos. La necesidad del consentimiento de las empresas de supermercados hace que tal intervención sea, a lo sumo, indirecta (como sucede con las medidas de fomento, que requieren del pedido o consentimiento de los particulares beneficiados).

Y, quinto, que “altera el funcionamiento que el mismo tendría espontáneamente”: dado que, a falta del PPC, las empresas de supermercados probablemente comercializarían los productos en condiciones diferentes.

En conclusión, entendemos que el PPC es un claro ejemplo de medida de regulación económica. Sin embargo, cabe preguntarse si es un supuesto de (i) regulación general del mercado (dictada con fundamento en la LDC), o (ii) de regulación para el abastecimiento (y, en la especie, de las leyes de abastecimiento y control de precios dictada con fundamento en la LA, dado que la actividad de los supermercados no constituye un servicio público ni una actividad de interés general). A continuación analizaremos ambas posiciones y daremos nuestra postura.

1. *El PPC como medida de regulación general del mercado o como medida de regulación para el abastecimiento*

Para determinar si el PPC constituye una medida de regulación general del mercado o de regulación para el abastecimiento evaluaremos los siguientes factores: (i) encuadre normativo declarado; (ii) fines perseguidos; (iii) medios utilizados; (iv) ámbito de aplicación; y (v) relación entre el PPC y las medidas dictadas por la SC antes y después de la entrada en vigencia del PPC.

a. *Encuadre normativo declarado*

Al dictar la Resolución 2/2014, la SC justificó su competencia en las leyes de las cuales resultaba autoridad de aplicación por el Decreto N° 2136/2013⁹² (que menciona a la LLC, LDC, LDCo, LA, Ley N° 19.227 de “Mercados de Interés General” y Ley N° 19.511 de “Metrología Legal”). Sin embargo, en las Resoluciones 20/2014, 525/2018 y 51/2019, la SC encuadró el PPC en la LDC, dado que dichas normas establecen que sus incumplimientos serían sancionados de acuerdo a la LDC. Esto llevaría a pensar que el PPC habría sido dictado con fundamento en la LDC y, por ende, sería una medida de regulación general del mercado.

Entendemos que el hecho de que la Resolución 2/2014 se justifique en un grupo amplio de normas cuya autoridad de aplicación es la SC (y que incluye a la LA)⁹³ podría, por lo menos, poner en duda dicha postura. Además, es sabido que el encuadre que la Administración hace normalmente de las medidas que toma es meramente formal, y que lo relevante es verificar la competencia efectivamente ejercida. Por ello, entendemos que si bien este criterio llevaría a entender que el PPC es una medida de regulación general del mercado dictada con fundamento en la LDC, no tiene un sustento determinante a tal fin.

b. *Fines perseguidos*

Del análisis de los fundamentos mencionados al dictar la Resolución 2/2014 (§ I.C.1.a) se extrae que la SC persiguió, entre otros fines, la defensa de los derechos de

⁹² Cfr. Resolución 2/2014, considerando 5 y Anexo I, considerando 5. Refiere al Decreto N° 2.136/2013, Planilla Anexa al art. 2, apartado XV, punto 7.

⁹³ Cfr. Resolución N° 286/2018 (B.O. 15-V-2018). El art. 1 delegó en la SCI el contralor, vigilancia, cumplimiento, juzgamiento en sede administrativa y aplicación de las sanciones correspondientes a las Leyes N° 19.227, 19.511, LA, LLC, 26.991 y 26.992 y de sus decretos y demás normas reglamentarias, y el art. 2 delegó las mismas funciones en la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor pero con relación a la LDC, a las Leyes N° 25.065, 25.542 y al Título I de la Ley 26.993.

los consumidores; la mejora de la organización de los mercados de bienes; el fortalecimiento del mercado interno; y la mejora de la competitividad. Esto llevaría a pensar que el PPC, por los fines perseguidos, constituye una medida de regulación general del mercado (que persiguen asegurar la libre competencia y tutelar la buena fe y los derechos de los consumidores).

Sin embargo, el PPC también persigue otros fines que parecerían asimilarlo a una medida de regulación para el abastecimiento (cuyo objeto es el adecuado abastecimiento de bienes y servicios al mercado interno). En efecto, los considerandos de la Resolución 2/2014 incluyen entre sus objetivos: asegurar las condiciones de abastecimiento, precio y calidad de los bienes y servicios comercializados en el mercado interno para mejorar las condiciones de vida; garantizar la provisión en el mercado interno a un determinado precio de bienes que se consideran esenciales promover el desarrollo social y productivo; asegurar el acceso de los trabajadores a los bienes y servicios de consumo básico; y dar señales concretas en materia de expectativas de variación de precios y poder adquisitivo de los salarios, brindando valores de referencia transparentes, ciertos y previsibles de los distintos productos de consumo masivo. La Resolución N° 20/2014 también declaraba que la SC “viene implementando un sistema de administración de precios para productos de consumo masivo, con el objeto de asegurar su abastecimiento con precios ciertos y transparentes”⁹⁴. Finalmente, la Resolución N° 51/2019 destaca que el PPC había “constituido una herramienta valiosa para garantizar el precio de referencia de ciertos productos de consumo masivo”⁹⁵.

Por otra parte, cabe mencionar que el PPC podría considerarse contrario a una de las normas que integran las regulaciones generales del mercado: la LDCo⁹⁶. En este sentido, se ha sostenido que el uso de las medidas que habilita la LA (como los controles de precios) no serían idóneas para asegurar la defensa de la competencia⁹⁷, e incluso podrían encuadrarse en algunas de las conductas prohibidas por la LDCo⁹⁸.

⁹⁴ Resolución N° 20/2014, considerando 5.

⁹⁵ Resolución N° 51/2019, considerando 6.

⁹⁶ Cfr. La Nación, “Advierten que se viola una ley”, 08-II-2016, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1552863-advienten-que-se-viola-una-ley> (acceso el 16-II-2016). Se refiere a los estudios realizados por el Centro de Estudios de la Nueva Economía (CENE) de la Universidad de Belgrano que concluyeron que el PPC sería violatorio del art. 2, inc. a de la LDCo.

⁹⁷ Cfr. CASTRO VIDELA – MAQUEDA FOURCADE, *Tratado...*, 127. Sostienen que “las medidas de regulación para el abastecimiento, como los controles directos de los precios y la producción que la LA permite adoptar –[que incluyen] los niveles de precios máximos y mínimos, los márgenes de utilidad o las obligaciones de abastecer, entre otros–, no son idóneas para lograr la finalidad de *defender la competencia*” que persigue “asegurar un necesario ámbito de libertad sin el cual no puede verificarse el

Consideramos que si bien podría entenderse que el PPC persigue tanto los fines de las regulaciones generales del mercado como los de las regulaciones para el abastecimiento, ello no ocurre de la misma manera. En este sentido, creemos que el PPC persiguió, en forma primaria e inmediata, el adecuado abastecimiento interno de ciertos productos esenciales; y, luego, y como consecuencia de ello, en forma secundaria y mediata, también la defensa de los consumidores. Por ello, entendemos que para establecer el tipo de regulación económica al que pertenece el PPC debe prevalecer su fin inmediato. De lo contrario, cualquier norma que se dicte y tenga un mínimo contacto con la LDC o sus fines sería suficiente para justificarlo en dicha normativa.

En conclusión, entendemos que el PPC, por los fines perseguidos, sería asimilable a una medida de regulación para el abastecimiento con fundamento en la LA.

c. Medios utilizados

Del análisis de las obligaciones asumidas por las empresas de supermercados en el Convenio PPC (§ I.C y I.F), se observa que éstas se obligaron a comercializar los productos incluidos en el PPC de acuerdo al régimen de administración de precios allí previsto (que incluye obligaciones relacionadas a la disponibilidad o *stock* de dichos productos, fijación de precios, plazo de vigencia, ámbito de aplicación, mecanismo de revisión, mecanismo de exención de deberes, etc.). También se verifica la tipificación de ciertas conductas como infracciones.

Ahora bien, analizadas las competencias de la SC bajo la LDC, y de acuerdo a los medios que las regulaciones generales del mercado emplean (§ II.C.2.a), resultaría que la SC podría proponer el dictado de la reglamentación de la LDC, elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor mediante el dictado de las resoluciones pertinentes y sancionar los incumplimientos a la LDC⁹⁹. De ello resulta que la SC no tendría una competencia suficiente para dictar el PPC, si bien podría ser discutible que lo hiciera con fundamento en su competencia para “elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor”.

Por otra parte, la instrumentación del PPC como un “régimen de administración de precios” parecería asimilarlo a una medida de regulación para el

proceso de mercado”, y que “la regulación directa de los precios y la producción [...] supone necesariamente eliminar o reducir ese ámbito necesario de libertad.

⁹⁸ Como a las conductas tipificadas en el art. 2, inc. a, que prohíbe “[c]oncortar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado”; y art. 3, inc. a, que prohíbe fijar “en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto”.

⁹⁹ LDC, arts. 43 inc. a y 47.

abastecimiento. Ello pues las obligaciones incluidas en el PPC de producción (para las empresas proveedoras), de *stock* (para las empresas de supermercados) y de comercialización a precios determinados (para ambas), así como la sanción de sus incumplimientos se asemejan a las medidas de control de la producción y de precios, y a la tipificación de infracciones que la SC podría dictar en el marco de la LA (§ II.C.2.b).

En este sentido, la LA, por un lado, concede potestades específicas para imponer obligaciones similares a las asumidas por las empresas de supermercados¹⁰⁰; y, por el otro lado, podría argumentarse que los incumplimientos a las obligaciones establecidas en el PPC podrían encuadrar en incumplimientos a las conductas establecidas en el art. 4 de la LA¹⁰¹.

Del análisis de los medios utilizados y de las normas de las cuales surgiría la competencia para dictar las Normas PPC y celebrar los Convenios PPC, entendemos que el PPC se dictó en ejercicio de las facultades otorgadas por la LA, y no de la LDC. Las potestades que surgen de la LA resultan específicas y particulares y se ajustan en forma concreta a las obligaciones asumidas por las empresas de supermercados en los Convenios PPC¹⁰². En sentido contrario, la LDC sólo otorga una facultad genérica para establecer políticas de defensa del consumidor que si no se interpreta adecuadamente permitiría que la SC tomara cualquier medida que, mediata o inmediatamente, defienda a los consumidores. Esto, en los hechos, permitiría justificar cualquier tipo de regulación¹⁰³.

Finalmente, entendemos que el hecho de que el PPC requiera de la firma del Convenio PPC para su efectiva vigencia no impide considerarlo una medida de regulación para el abastecimiento. Cuando se habla de regulación económica, en general, y de regulación para el abastecimiento, en particular, normalmente se hace referencia a medidas dictadas en forma unilateral e imperativa por la Administración que producen efectos sobre los particulares. Se excluyen las regulaciones en las que se requiere la participación de la voluntad de los particulares para que tales medidas produzcan efectos (como ocurre con las medidas de fomento o promoción de

¹⁰⁰ Cfr. LA art. 2, incs. a-c.

¹⁰¹ LA, art. 4 incs. a-j.

¹⁰² Dada la extensión de este trabajo, no se entra en la discusión acerca de la constitucionalidad de la LA y de la delegación de competencias que en ella se realiza a favor de la SC. Tampoco se analiza si se cumplieron los requisitos que la LA fijaba al momento del dictado de la Resolución 2/2014 y de la firma de los Convenios PPC (*i.e.*, previa declaración de “emergencia de abastecimiento” por el Congreso de acuerdo al Decreto N° 2284/1991), ni de los requisitos incluidos con la reforma de la Ley N° 26.991 (*i.e.*, constatación de las infracciones tipificadas en el art. 4, o verificación de una situación de desabastecimiento o escasez de bienes o servicios en los términos de su art. 27).

¹⁰³ Sobre los problemas que genera el uso de las facultades concedidas por una norma para lograr las finalidades de otras, ver CASTRO VIDELA – MAQUEDA FOURCADE, *Tratado...*, 126-130.

actividades, que requieren la adhesión a la medida o, en otros, la negociación del contenido de dicha medida).

Sin perjuicio de que esa sea la forma “tradicional” en la cual se manifiesta la regulación económica en general (es decir, unilateral e imperativa), entendemos que nada impide que se incluyan las medidas bilaterales. Recordemos que, según el concepto dado en § II.C.1, la regulación económica incluye toda reglamentación, directa o indirecta, que altera el funcionamiento que el mercado tendría espontáneamente, y que, de no existir el PPC, las empresas de supermercados comercializarían los productos en forma distinta.

En este sentido, podría decirse que la posibilidad de ejercer las potestades en forma bilateral sería una facultad implícita que se deriva de la facultad de actuar unilateralmente y, asimismo, que se deriva de la aplicación el principio general de derecho que establece que el que puede lo más puede lo menos (si puede actuar sin el consentimiento del particular, tanto más podría actuar con él). Desde esta perspectiva, las medidas de regulación económica también podrían clasificarse según su origen en: (i) unilaterales (o coactivas) y (ii) bilaterales (o convencionales). En el caso, el PPC sería una medida de regulación económica bilateral.

Ello, pues lo importante es verificar la competencia ejercida (que vendría dada por la LA y no por la LDC), independientemente de que produzca sus efectos en forma directa (como sería si las obligaciones se impusieran unilateralmente mediante las Normas PPC) o indirecta (al surgir del Convenio PPC firmado sobre la base de las Normas PPC). En este sentido, la decisión de ejercer en forma bilateral o unilateral las potestades otorgadas por la LA para imponer controles de precios, de la producción y tipificar infracciones, es una facultad discrecional que corresponde a su titular, salvo que una norma expresa establezca lo contrario (sobre este punto volveremos en § III).

d. Ámbito de aplicación

Las regulaciones generales del mercado tienen, como regla general, un ámbito de aplicación amplio (todas las actividades económicas) y de carácter permanente. Por su parte, si bien las leyes de abastecimiento y controles de precios pueden tener un ámbito de aplicación amplio y permanente (como la LA), lo cierto es que las medidas dictadas en ejercicio de sus potestades generalmente tienen carácter restringido y transitorio. Por ello, para definir el tipo de regulación, hay que analizar cuál es el ámbito de aplicación del PPC.

El PPC tiene carácter restringido (empresas de supermercados que firmen el Convenio PPC), y si bien sería permanente porque no tiene un período de vigencia, lo

cierto es que el Convenio PPC que pone en práctica el PPC es transitorio (anual, si bien prorrogable). Esto llevaría a pensar que el PPC es un supuesto de medida de regulación para el abastecimiento.

e. Relación entre el PPC y las medidas dictadas por la SC antes y después de la entrada en vigencia del PPC

El PPC debe interpretarse en el contexto de las medidas que la SC tomó antes y después de su entrada en vigencia. Por ello, para definir a qué tipo de regulación pertenece el PPC, también hay que analizar cuál es su relación con dichas prácticas.

Del análisis de los antecedentes del PPC (§ I.D), podría alegarse que el PPC sería más asimilable a una medida de regulación para el abastecimiento que a una medida de regulación general del mercado. Ello, pues allí se mencionó que el objetivo fundamental de los distintos acuerdos celebrados por el *ex* titular de la SCI era asegurar la existencia de *stocks* de los productos en las tiendas, y no la defensa de la competencia o de los derechos de los consumidores. También se mencionó que el *ex* titular de la SCI habría amenazado, informal y formalmente (mediante la Resolución N° 63/2013) a las empresas de supermercados para que cumplan con los “acuerdos de precios congelados” bajo apercibimiento de ser sancionadas con las facultades otorgadas por la LA (§ I.D.2). Por ello, entendemos que, al crear el PPC, la SC continuó con las prácticas anteriores y con el mismo esquema: un acuerdo con las empresas de supermercados. Lo mismo surge del análisis de las medidas tomadas en forma posterior (§ I.E.4), que demuestran un alto nivel de intervención de la Administración en el mercado dirigido a controlar los precios y la producción y a garantizar su adecuado abastecimiento.

En conclusión, entendemos que del análisis de las medidas tomadas por la SC antes y después de la entrada en vigencia del PPC surge que es una medida de regulación para el abastecimiento con fundamento en la LA.

2. Nuestra postura

Por todo lo dicho, y prescindiendo del encuadre jurídico otorgado por la SC al PPC en las Normas PPC, entendemos que el PPC constituye por los fines perseguidos, medios utilizados, ámbito de aplicación y relación con las prácticas anteriores y posteriores de la SC, una medida de regulación para el abastecimiento bajo la LA. La determinación de que el PPC es una medida dictada bajo la LA y no bajo la LDC tiene importancia porque determina el régimen aplicable y, en consecuencia, los requisitos de validez del PPC.

En este sentido, entendemos que la SC justificó su competencia en la LDC, por un lado, para evitar tener que cumplir con los requisitos que la LA fija para habilitar el ejercicio de sus potestades; y, por el otro, e incluso acreditando dichos requisitos, para disminuir las chances de que se impugne teniendo en cuenta la mala reputación de la LA, el rechazo que su uso genera y la dudosa constitucionalidad de la delegación que hace y de las facultades que delega.

F. Faz adjetiva del PPC: la naturaleza jurídica de los distintos actos que instrumentan el PPC

El PPC está compuesto por distintos actos interrelacionados: en primer lugar, la SC dictó en forma unilateral las Normas PPC que aprobaron el modelo de Convenio PPC a celebrar; y, luego, la SC firmó el Convenio PPC con las empresas proveedoras de los productos incorporados y las empresas de supermercados que los comercializan. Ello lleva a la necesidad de definir cuál es la naturaleza jurídica de cada uno de los actos mencionados, lo que permitirá determinar su régimen aplicable.

1. Naturaleza jurídica de las Normas PPC

Como idea preliminar, entendemos que las Normas PPC constituyen actos administrativos de alcance general y, en particular, actos “normativos singularizables”¹⁰⁴. Son “normativos” dada su vocación de permanencia y su incorporación al ordenamiento como fuentes permanente de juridicidad no siendo, entonces, *consuntivos*; y son “singularizables” porque regulan casos determinados o determinables, utilizando una enunciación abstracta general. En el caso, las Normas PPC se dirigen a todas las empresas proveedoras de los productos incluidos en el PPC y a las empresas de supermercados.

Siguiendo la clasificación tradicional de los reglamentos según su vinculación con las normas constitucionales, estos pueden ser ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad y urgencia. Consideramos que no es posible asimilar las Normas PPC a reglamentos autónomos¹⁰⁵ (ante la falta de competencias incluidas en la “zona de

¹⁰⁴ Cfr. USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico de la potestad reglamentaria”, en AA.VV., *Acto administrativo y reglamentario*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, 492; COMADIRA, Julio Rodolfo – ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, 395; y CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, 113.

¹⁰⁵ Cfr. COMADIRA – ESCOLA, 44. Se los define como “las normas generales que [la Administración] dicta en el ámbito de materias correspondientes a aquella zona [de reserva]”.

reserva” que le permitirían dictar tales norma, y porque la SC no interpretó ni aplicó directamente la CN, si no que actuó en el marco de las competencias dadas por la LA) ni a uno de necesidad y urgencia¹⁰⁶ (dado que no se realizó mediante un acto del Poder Ejecutivo ni se acreditaron los supuestos necesarios para su viabilidad).

Por ello, y asumiendo que el PPC es una medida de regulación para el abastecimiento (§ II.E.2), restaría analizar la posibilidad de que las Normas PPC constituyan (i) reglamentos ejecutivos¹⁰⁷ con fundamento en las competencias atribuidas a la SC por la LA en su art. 2, inc. c¹⁰⁸ o b (antes y después de la reforma de la LA por Ley N° 26.991, respectivamente) para dictar normas sobre la comercialización, intermediación, distribución o producción; o delegados¹⁰⁹ con fundamento en las competencias atribuidas a la SC por la LA en su art. 2, incs. a y b o a y c (antes y después de la reforma de la LA por Ley N° 26.991, respectivamente) y 4 para establecer controles de precios y de producción, y tipificar infracciones.

Al respecto, cierta doctrina sostiene que las medidas de regulación para el abastecimiento (como los controles de precios y de producción, o la tipificación de infracciones) y, en particular, las establecidas en la LA, sólo pueden instrumentarse mediante normas de carácter legislativo (leyes formales o, excepcionalmente, reglamentos delegados o decretos de necesidad y urgencia). Ello, pues tales medidas implican una reglamentación del derecho de propiedad privada y libertad económica en tanto suponen imponer nuevas obligaciones (cuyo incumplimiento podría ser sancionado) o limitaciones y condiciones para adquirir, usar, gozar y disponer de los derechos de los particulares. Así, también sostuvieron que “el otorgamiento de facultades efectuado por la LA es una delegación legislativa (art. 76, Const. nac.), y no un mero reconocimiento [de] la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y sus

¹⁰⁶ *Idem*, 55. Se los define como “los que dicta el Poder Ejecutivo en los casos autorizados por la Constitución Nacional, sin que medie autorización o habilitación legislativa, para regular materias que son propias del legislador”.

¹⁰⁷ *Idem*, 43. Donde se los define como “los que dicta la Administración, en ejercicio de facultades normativas propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador”. Ver otras definiciones en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, VII-42; y CASSAGNE, *Derecho...*, 180.

¹⁰⁸ Cfr. CASTRO VIDELA – MAQUEDA FOURCADE, *Tratado...*, 861-882. Donde se exponen distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de las competencias otorgadas por esta norma.

¹⁰⁹ COMADIRA – ESCOLA, 44-45. Donde se los define como “los actos de alcance general normativo dictados por el Poder Ejecutivo o, eventualmente, por otro órgano de la Administración Pública, sobre materias propias de la competencia del congreso, con base en la autorización previamente acordada por éste mediante ley formal”.

órganos subordinados para fijar pormenores y detalles de la ley (art. 99, inc. 2, Const. nac.)”¹¹⁰.

También sostienen que para distinguir el reglamento ejecutivo del delegado, debe partirse de la determinación de si la ley en cuestión crea y define sustancialmente obligaciones, derechos o limitaciones a derechos constitucionales: si ello ocurre, las normas dictadas por la Administración serán reglamentos ejecutivos cuando complementen dicha ley y fijen los pormenores y detalles de tales obligaciones, derechos o limitaciones; en caso contrario, si la ley no prevé esas obligaciones, derechos o limitaciones, que serán determinadas por las normas dictadas por la Administración, éstas serán reglamentos delegados¹¹¹.

Teniendo en cuenta que las Normas PPC no producen efectos directamente sobre las empresas de supermercados, lo lógico sería pensar que se trata de un reglamento ejecutivo en el cual la SC establece cómo ejercerá las potestades delegadas por la LA en ella para aplicar controles de precios y de la producción y para tipificar infracciones con relación a la actividad de las empresas de supermercados. Las Normas PPC serían, entonces, una reglamentación del uso de las potestades delegadas que determina que se utilizarán mediante el Convenio PPC y en las condiciones expresadas en él.

Sin embargo, considerando que las Normas PPC reglamentan las potestades delegadas por la LA en la SC para establecer controles de precios y de la producción y para tipificar infracciones, también podría sostenerse que se trata de un reglamento delegado. Ello con fundamento en que la potestad que se estaría ejerciendo para dictar las Normas PPC no sería la reglamentaria bajo la LA, sino propiamente las potestades

¹¹⁰ Cfr. CASTRO VIDELA – MAQUEDA FOURCADE, *Tratado...*, 588 y 694. Allí se menciona que tales facultades derivan de la competencia otorgada por el art. 75, inc. 13 de la CN.

¹¹¹ Cfr. CASTRO VIDELA, Santiago – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2017, 249. Para ejemplificar lo dicho se refieren a las normas dictadas sobre: (i) controles de precios: serán ejecutivos si la ley establece un régimen de control de precios que sólo autoriza a la Administración a fijar el precio específico dentro de un rango determinado; y serán delegados si la ley autoriza a la Administración a establecer regímenes de control de precios; (ii) controles de la producción: serán ejecutivos si la ley establece un régimen de control de la producción y el abastecimiento y sólo autoriza a la Administración a fijar los criterios específicos previstos en dicho régimen (por ej. niveles de producción, de abastecimiento mínimo, características del producto, etc.); y serán delegados si la ley autoriza a la Administración a establecer regímenes de control de la producción y el abastecimiento; y (iii) regímenes sancionatorios: serán ejecutivos si la ley establece un régimen sancionatorio (que tipifique las infracciones y las sanciones aplicables) y sólo autoriza a la Administración a fijar criterios específicos fijados en el mismo (por ej. montos de las sanciones dentro de rangos determinados, procedimientos sumariales, etc.); y serán delegados si la ley autoriza a la Administración a establecer dicho régimen sancionatorio (tipificando infracciones y estableciendo las sanciones aplicables)

para establecer controles de precios y de la producción y para tipificar infracciones, constituyendo las Normas PPC una especie de autolimitación de la SC al ejercicio de dichas potestades. En este sentido, si las potestades ejercidas para dictar las Normas PPC son potestades delegadas, las Normas PPC deberían tener la misma naturaleza, siendo, entonces, reglamentos delegados.

Sobre la falta de efectos directos de las Normas PPC sobre los particulares como argumento para negar su carácter de reglamentos delegados, nos remitimos a lo dicho en § II.E.1.c, ya que si bien lo normal sería que los reglamentos delegados impusieran obligaciones directamente a los particulares, ello no siempre debería ser así. Lo importante para calificar a un reglamento es verificar la competencia ejercida, que debería permitir que la Administración imponga ciertas obligaciones a los particulares, independientemente de que produzca sus efectos en forma directa (como sería si las obligaciones se impusieran unilateralmente mediante las Normas PPC) o indirecta (al surgir del Convenio PPC firmado sobre la base de las Normas PPC).

En conclusión, entendemos que si bien la cuestión resulta altamente discutible, en nuestra opinión las Normas PPC, por los argumentos expuestos, constituyen reglamentos delegados.

2. *Naturaleza jurídica del Convenio PPC*

Para determinar la naturaleza jurídica del Convenio PPC habrá que tener en cuenta cuál es la importancia que se otorga a la voluntad de las empresas de supermercados. Si dicha participación no es determinante, el Convenio PP será (i) un acto administrativo unilateral; y, en caso contrario, (ii) un acto bilateral (en cuyo caso habrá que determinar qué tipo de acto bilateral es).

a. *El Convenio PPC como acto administrativo unilateral*

El acto administrativo unilateral podría definirse como “una declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”¹¹². Ello sin perjuicio de que, modernamente, se persigue restringir el alcance del acto administrativo sustituyendo la

¹¹² COMADIRA – ESCOLA, 385. Ver otras definiciones en MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, 212; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, 204; Cfr. GORDILLO, T. III, IV-33.

frase “función administrativa” por “potestades administrativas” y distinguiendo los “actos administrativos” de los “meros pronunciamientos administrativos”¹¹³.

Al respecto, GORDILLO, plantea que el acto administrativo puede ser unilateral en su formación y efectos (caso típico de acto administrativo), o unilateral en su formación y bilateral en sus efectos cuando surgen de él derechos y obligaciones para ambas partes (por ej. si la Administración impone una sanción, una vez recurrida no podría modificarla), lo que también sería aplicable a aquellos actos administrativos que requieren de los particulares su previa solicitud o posterior aceptación (por ej. inscripción en facultad, solicitud de retiro voluntario o aceptación de un premio)¹¹⁴.

Si se asimilara el Convenio PPC a este último supuesto, se negaría la existencia misma de un acuerdo entre la SC y las empresas de supermercados. En efecto, no habría un “acuerdo de voluntades”, sino más bien un régimen establecido unilateralmente por la SC (el PPC mediante las Normas PPC) que requiere de un acto del particular solicitando su inclusión en dicho régimen para su vigencia. Asimismo, la voluntad del particular no tendría el mismo valor que el de la Administración, y se ubicaría dentro del elemento causa del futuro acto administrativo.

Entendemos que esta postura no es correcta. El contenido del Convenio PPC no resulta equiparable a ninguno de los ejemplos citados por GORDILLO. Además, se establece sobre la base de un verdadero “acuerdo” en el cual la voluntad de las empresas de supermercados es igual de relevante que la de la Administración y se funde con ella en el Convenio PPC firmado, no siendo un “antecedente” sobre el cual la Administración decide o provee. En efecto, el contenido del Convenio PPC es discutido, negociado y firmado por la SC con las distintas empresas de supermercados (en forma individual y separada), estableciendo en ellos sus condiciones: los productos que se incorporan, sus precios, el ámbito territorial de aplicación, régimen de revisión, vigencia e infracciones, entre otras cuestiones. Asimismo, este convenio es renegociado y objeto de modificaciones periódicamente, lo que ratifica la idea de que en este caso la participación de la voluntad de las empresas de supermercados no se limita a solicitar su inclusión en el PPC, sino que tiene un papel más activo.

¹¹³ Cfr. MAIRAL, Héctor, “La influencia italiana en la definición argentina del acto administrativo: Los problemas que resultan de no haber seguido más fielmente el modelo”, *Revista de Derecho Administrativo N° 111*, 2016, y las definiciones allí citadas de ZANOBINI, GIANNINI, SANDULLI Y ALESSI; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, La Ley, 2012, 160; TAWIL, Guido, *Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, 128; y las definiciones citadas en SAMMARTINO, 217-219, de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, BOCANEGRA SERRA, PARADA y GARRIDO FALLA.

¹¹⁴ Cfr. GORDILLO, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. III, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, IV-25 a IV-30.

Por ello consideramos que el Convenio PPC celebrado entre la SC y las empresas de supermercados no es un acto administrativo unilateral.

b. El Convenio PPC como acto bilateral

Dejada de lado la posibilidad de considerar al Convenio PPC como un acto administrativo unilateral en su formación, y teniendo en cuenta la presencia e importancia de la voluntad de las empresas de supermercados, consideramos que el Convenio PPC es un acto bilateral. Sin embargo, resta analizar qué tipo de acto bilateral es: un (i) contrato administrativo, (ii) contrato de derecho privado o (iii) acto administrativo bilateral.

(i) El Convenio PPC como contrato administrativo

De acuerdo a cierta doctrina, el contrato administrativo puede definirse como “un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho privado”¹¹⁵.

Del concepto se extraen los tres elementos que un acuerdo debería cumplir para ser considerado un contrato administrativo, a saber, que: (i) una parte sea una persona jurídica estatal, (ii) persiga un fin público propio de la Administración, y (iii) contenga cláusulas exorbitantes. De un análisis preliminar del Convenio PPC podría argumentarse que éste cumple con todos los requisitos mencionados: el (i) por la presencia de la SC como parte; el (ii) con los fines perseguidos al celebrarlo (señalados en § I.C.1); y el (iii) por las cláusulas exorbitantes que le permiten, por ejemplo, sancionar los incumplimientos (y que derivarían de la LA).

Esta posición también haría aplicable al Convenio PPC, entonces, el RCAN, que incluye en su ámbito de aplicación a los contratos celebrados por la SC (al estar comprendida en el inciso a del art. 8° de la Ley 24.156¹¹⁶) y porque considera –en forma residual– que toda contratación de la Administración Nacional es de índole administrativa (salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un

¹¹⁵ COVIELLO, Pedro, “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO YSERN (Dir.), *La contratación pública*, Hammurabi, 108. Ver otras definiciones en MARIENHOFF, *Tratado...*, T. III-A, 31; DIEZ, T. II, 456; COMADIRA – ESCOLA, 735; y GORDILLO, T. I, XI-18.

¹¹⁶ Cfr. RCAN, art. 2.

régimen de derecho privado¹¹⁷). Sin embargo, entendemos que el régimen del RCAN resultaría de muy difícil aplicación al Convenio PPC.

En primer lugar, porque el Convenio PPC no está mencionado ni resulta equiparable a ninguno de los contratos mencionados en el RCAN¹¹⁸. En segundo lugar, porque muchas de sus disposiciones no tendrían sentido en el Convenio PPC¹¹⁹. Y, en tercer lugar, porque algunas de las potestades que el RCAN otorga a la Administración serían inaplicables (por ej. *ius variandi* –por tratarse de un contrato sin monto, y porque prevé que las modificaciones se harán por acuerdo de partes–, la de aplicar ciertas penalidades del RCAN –como la pérdida de las garantías o las de apercibimiento, suspensión e inhabilitación–, y la de proceder a la ejecución directa –dado que resulta difícil ver a Administración vendiendo los productos incluidos en el PPC–). Ello sin perjuicio de que la SC sí podría ejercer ciertas potestades similares en virtud del Convenio PPC, de las Normas PPC o de la aplicación de la LNPA o de la LA, tales como la de fiscalizar su cumplimiento, sancionar las infracciones y revocarlo por razones de mérito.

Consideramos que esta falta de coordinación entre el Convenio PPC y el RCAN ocurre porque el RCAN no regula absolutamente todos los acuerdos que cumplen con los requisitos mencionados en la definición, sino sólo aquellos que implican una “colaboración patrimonial” o “intercambio económico” entre partes¹²⁰, siguiendo el modelo del contrato administrativo francés. En el Convenio PPC no se observa ninguna de dichas situaciones, dado que no se dirige a suministrar a la Administración de los bienes y servicios que necesita para cumplir sus funciones (como ocurre, entre otros, con el contrato de suministro, compra-venta, locación o consultoría).

En el Convenio PPC se observa, más bien, una finalidad orientada a la regulación económica de la actividad comercial desarrollada por las empresas de supermercados, normalmente instrumentada a través de medidas unilaterales y, en este caso, en forma bilateral. Por ello, entendemos que el Convenio PPC no constituye un contrato administrativo y, por ende, no le resulta aplicable el RCAN.

¹¹⁷ Cfr. RCAN, art. 1.

¹¹⁸ Cfr. RCAN, art. 4.

¹¹⁹ Cfr. RCAN, Título I (arts. 6, 7, 8, 11, 15, 16), y los Capítulos II y III, que se refieren a la programación de las contrataciones, normativa aplicable, preparación de documentos, formalidades de las actuaciones, procedimiento de selección del contratista y contrataciones electrónicas, entre otras cuestiones.

¹²⁰ Esto surge, en particular, si se observan las normas antecedentes del RCAN, como el Capítulo VI del Decreto Ley N° 23.354 de Contabilidad Pública (B.O. 08-I-1957) y su reglamentación a través del Decreto N° 436/2000 (B.O. 05-VI-2000); y los sucesivos decretos reglamentarios del RCAN, como el Decreto N° 893/2012 (B.O. 15-VI-2012) y el 1030/2016 (B.O. 16-IX-2019).

(ii) *El Convenio PPC como contrato de derecho privado*

Los contratos de derecho privado de la Administración podrían definirse en sentido negativo, como aquellos en los que “no se encontrare el respectivo ente u órgano estatal cumpliendo uno de los fines propios de la Administración”, en sentido contrario a lo que ocurre en los contratos administrativos¹²¹. Aplicando este concepto al Convenio PPC, y considerando las finalidades de interés público perseguidas por la SC al celebrar el Convenio PPC (§ I.C.1), entendemos que éste no constituye un caso de contrato de derecho privado de la Administración.

(iii) *El Convenio PPC como acto administrativo bilateral*

Para MARIENHOFF, un acto administrativo es bilateral en su formación cuando “su emanación y contenido se deben a dos voluntades coincidentes sobre lo que una parte le reconoce a la otra y recíprocamente: de la Administración y del administrado” e incluye la voluntad de “dos sujetos de derecho”. Así, critica a quienes opinan que ciertos actos administrativos son unilaterales al desconocer valor o trascendencia a la voluntad del administrado por considerarla incluida en el elemento “causa” del acto, y no como un “presupuesto de dicho acto”; o a quienes consideran que la solicitud previa es un requisito de eficacia del acto, pero que no integra dicho acto. Por ello, concluye que “si el acto no es posible emitirlo sin el ‘pedido’ del administrado, dicho acto, en lo atinente a su ‘formación’ o nacimiento, es bilateral, porque entonces hay una fusión de voluntades”¹²².

COVIELLO considera que un acto administrativo bilateral es aquel que “está conformado por la fusión de dos voluntades que le dan existencia y contenido”, para lo cual es necesario que el particular, con su voluntad, determine el contenido del acto y no se limite a ser una instancia que mueva la actuación estatal a hacer o ejecutar lo que la ley manda¹²³.

El acto administrativo bilateral fue reconocido por la jurisprudencia de la CSJN en “Metalmecánica”¹²⁴, al referirse a la autorización dada a una empresa bajo un

¹²¹ COVIELLO, Pedro, “La teoría...”, 111. Ver otras definiciones en MARIENHOFF, *Tratado...*, T. III-A, 94; DIEZ, T. II, 457; GORDILLO, T. I, XI-40; y CASSAGNE, *El contrato...*, 38.

¹²² Cfr. MARIENHOFF, *Tratado...*, T. II, 189-193. También reconocen la existencia de actos administrativos bilaterales FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Primera Parte, La Ley, 1968, 277; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho...*, T. I, 111-112; TAWIL, 143; y SAMMARTINO, 234.

¹²³ COVIELLO, Pedro, “La teoría...”, 113.

¹²⁴ CSJN, S.A. *Metalmecánica*, C.I. v. *Nación Argentina*, Fallos 296:672 (1976). Ver un comentario sobre el fallo en MARIENHOFF, Miguel “El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al quasi contrato administrativo”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1978, N° 61, 71.

régimen de promoción de la industria automotriz¹²⁵. Allí, ante la necesidad de determinar cuál era el valor de la voluntad del particular (si integraba o no el acto administrativo que lo relacionaba con la Administración), la CSJN sostuvo que los actos administrativos podían tener “carácter unilateral y bilateral, según que la expresión de la voluntad corresponda a uno o a dos sujetos de derecho: la Administración, en el primer caso, y ésta y el administrado, en el segundo”¹²⁶.

La CSJN destacó la importancia de la voluntad del administrado al decir que “[l]a voluntad del interesado debía, en consecuencia manifestarse para la incorporación al régimen; pero desde el momento que esta era aceptada, otra voluntad, la de la Administración, en conjunción con aquella, daba nacimiento al acto administrativo que resultaba de ese modo bilateral en su formación y también en sus efectos. En su formación, porque el pedido del interesado de acogerse al referido régimen era un presupuesto esencial de su existencia; y en sus efectos, porque originaba los respectivos derechos y obligaciones emergentes de esa concurrencia de voluntades”¹²⁷.

Finalmente, la CSJN también marcó la distinción entre actos administrativos bilaterales y contratos administrativos al sostener que “[s]i se pretendiera equiparar lisamente a un contrato el acto administrativo que se estudia, es posible que se hallaran diferencias; sin embargo [...] no es preciso que la equivalencia sea perfecta, sólo basta comprobar que se está ante una acción de daños y perjuicios que tiene su causa eficiente y generadora en un acto jurídico bilateral y en el incumplimiento que se atribuye al Estado de obligaciones contraídas”¹²⁸.

La doctrina destaca que el criterio expuesto en “Metalmecánica” seguiría vigente tanto en la jurisprudencia de la CSJN como en la del fuero contencioso administrativo¹²⁹.

¹²⁵ *Idem*, considerandos 5, 6 y 7. Allí se señala que el régimen estaba compuesto por la legislación de fondo (Ley N° 14.781), decretos y resoluciones reglamentarias (Decreto N° 3693/1959; Resoluciones N° 17/1959, 28/1959 y 145/1959), todas estas normas generales y abstractas, y por actos administrativos individuales.

¹²⁶ *Idem*, considerando 6.

¹²⁷ *Idem*, considerando 8.

¹²⁸ *Idem*, considerando 8.

¹²⁹ *Passim*, SACRISTÁN, Estela, “Responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento”, en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Buenos Aires, 2008, donde se cita el fallo de la CSJN, *Urundel del Valle S.A. c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/varios*, Fallos 323:1906 (2000), y los fallos de la CNACAF, Sala V, *Urundel del Valle S.A. c/Estado Nacional* del 22-06-1998 y de la Sala III, *Alpesca S.A. c/EN*, del 05-IX-2002 y *Jugos del Sur S.A. c/EN*, del 11-XII-2006. Este criterio fue ratificado por la CSJN, *ALUAR aluminio Argentino S.A.I.C. c/ M° Economía – Dtos. 2000/92 y 541/00 s/ proceso de conocimiento*, A. 585. XLIV. ROR (2011) y en *Guilford Argentina S.A. c/EN- M° de Economía – dtos. 2000/92 y 541/00 s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 335:1771 (2012).

La Procuración del Tesoro de la Nación, con cita a “Metalmecánica”, también reconoció la existencia de actos administrativos bilaterales al referirse a acuerdos celebrados bajo regímenes de fomento, agregando que éstos se orientan en lo que la moderna doctrina denomina “economía concertada”¹³⁰. Esta referencia a la “economía concertada” validaría la existencia de medidas de regulación económica bilaterales.

En esta línea, podría entenderse que el Convenio PPC un acto administrativo bilateral, tanto en su formación (porque necesita la voluntad de la SC y de las empresas de supermercados) como en sus efectos (porque a los deberes de las empresas de supermercados deben sumarse los deberes de la SC relacionadas a la revisión periódica, autorización de faltantes, difusión y modificación de los productos incorporados).

La falta de un régimen general aplicable a los actos administrativos bilaterales hace difícil brindar mayores precisiones sobre esta figura. Ello, pues además del caso expuesto en “Metalmecánica”, que permitiría incluir los acuerdos celebrados en el marco de regímenes de fomento, y del criterio de cierta doctrina, para quien los contratos administrativos serían una especie de acto administrativo bilateral, no existen mayores desarrollos sobre otros tipos de actos administrativos bilaterales. Esta situación llevaría a concluir que el Convenio PPC es un acto administrativo bilateral atípico.

Sin embargo, CASSAGNE menciona “[u]na figura contractual, regida por el derecho público, a la que la doctrina española viene prestándole últimamente una especial atención”¹³¹. Dicha categoría se denomina “contratos de derecho público” en Alemania e Italia, y “conciertos”¹³², “contratos sobre actos y potestades administrativas”¹³³ o “acuerdos administrativos consensuales”¹³⁴ en España. En el siguiente capítulo analizaremos el tratamiento dado en dichos países a esta categoría de actos, adoptando el término genérico “concierto administrativo” para su identificación.

¹³⁰ PTN, Dictámenes 172:326.

¹³¹ CASSAGNE, *El contrato...*, 33.

¹³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, con notas de Agustín Gordillo*, Buenos Aires, Thomson-Civitas-La Ley, 2006, 680.

¹³³ HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998, 33.

¹³⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, “La terminación convencional del procedimiento administrativo: naturaleza y características de una nueva figura en el derecho español”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Marienhoff*, Abeledo-Perrot, 1998, 708.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS CONCIERTOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

A. Planteamiento general

El concierto administrativo podría definirse como un acuerdo de voluntades celebrado entre la Administración y un particular, por el cual se termina o se prepara la terminación de un procedimiento administrativo en el cual la Administración debe ejercer una potestad administrativa, y cuyo objeto es la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica regida por el derecho administrativo.

En este capítulo se plantea la relevancia jurídica de analizar los conciertos administrativos en el derecho comparado (§ III.B); y, en consecuencia, se analiza el tratamiento dado a los conciertos administrativos en Alemania, Italia y España (§ III.C).

B. Relevancia jurídica de analizar los conciertos administrativos en el derecho comparado

El análisis del tratamiento dado a los conciertos administrativos en el derecho comparado es importante porque permitirá, a partir de la revisión de la normativa, doctrina y precedentes relacionados, tomar conocimiento de un instituto de derecho administrativo que en Argentina no ha tenido gran difusión, y de sus requisitos, límites y régimen normativo aplicable. El objetivo de este capítulo es poner en conocimiento al lector de los desarrollos existentes sobre conciertos administrativos para, en el capítulo siguiente, analizar distintos aspectos vinculados a ellos.

C. Los conciertos administrativos en el derecho comparado: el caso de Alemania, Italia y España

A continuación se realizará una descripción de los distintos tipos de actos bilaterales que la Administración puede celebrar con los particulares en el derecho comparado y, en particular, de los conciertos administrativos. A tal fin, tomaremos el desarrollo de los conciertos administrativos hecho en Alemania, donde surgieron por primera vez, y en Italia y España, que siguieron el modelo alemán¹³⁵.

¹³⁵ Que también estarían reconocidos en otros países: Cfr. PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, 600, donde refiere al uso normal de la técnica convencional para la resolución de conflictos contencioso administrativos en Estados Unidos, y que en Francia habría, por lo menos, una reflexión del Consejo de Estado sobre la incorporación de técnicas conciliatorias, transaccionales y de arbitraje.

1. *Los conciertos administrativos en Alemania*

En Alemania, la Administración puede celebrar con los particulares los siguientes tipos de actos bilaterales: (i) compras o encargos públicos (“*öffentliche Aufträge*” o “*hilfsgeschäfteofiskalische Verträge*”); (ii) contratos de la Administración prestacional y; (iii) contratos de derecho público (“*öffentlich-rechtlicher Vertrag*”)¹³⁶, que serían los conciertos administrativos.

En primer lugar, las compras o encargos públicos son contratos instrumentales en los que la Administración actúa como cliente de los particulares, ya que adquiere de ellos los bienes y servicios que necesita para su funcionamiento y actividad (contratos de obras o suministros), y que en nuestro derecho y en el derecho español y francés se conocen como contratos administrativos *stricto sensu*. Debe notarse que en el derecho alemán –al igual que en el derecho italiano– este tipo de contratos se rige por el derecho administrativo durante la etapa de selección del contratista (con ciertas modulaciones introducidas por las normas comunitarias en la faz de preparación y adjudicación), y por el derecho privado durante la etapa de ejecución, estando sujetos a la competencia de los tribunales ordinarios. Se citan como ejemplos el contrato de obra, suministro, alquiler y de compra de inmuebles, y la jurisprudencia los califica de tal forma incluso cuando dan lugar a una situación de monopolio o implican la ocupación del dominio público¹³⁷.

En segundo lugar se encuentran los contratos que la Administración celebra para “realizar actividades del tipo prestacional” (por ej. acceso y utilización de instalaciones deportivas de titularidad pública). Se señala que estos acuerdos sirven directamente a la realización de funciones públicas (y no en forma indirecta como las compras públicas) y, por ello, les resultan aplicables, además de las normas de derecho privado, algunas reglas de derecho público tendientes a tener en cuenta los derechos fundamentales de los ciudadanos (por ej. principio de igualdad). Estas sujeciones al derecho público dan lugar a lo que se conoce como “Derecho Administrativo privado” (“*Verwaltungsprivatrecht*”)¹³⁸.

En tercer lugar, están los contratos de derecho público o conciertos administrativos, que son los acuerdos que la Administración celebra con particulares y

¹³⁶ Cfr. HUERGO LORA, Alejandro, “La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones sobre el derecho Español”, en Francisco Sosa Wagner (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 1844.

¹³⁷ Cfr. ORTIZ, Gaspar Ariño, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), *Derecho Administrativo...*, 877.

¹³⁸ Cfr. HUERGO LORA, “La nueva regulación...”, 1845.

que tienen por objeto la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica en el campo del derecho público mediante la determinación del contenido de un acto administrativo futuro (concierto preparatorio), o mediante la sustitución del acto administrativo por el mismo concierto administrativos (concierto sustitutivo)¹³⁹.

Como ejemplos de conciertos administrativos se citan: (i) conciertos de expropiación (que fijan la indemnización que la Administración pagará a los afectados); (ii) conciertos fiscales (que fijan la renta a pagar por un sector afectado por un impuesto o tasa); (iii) conciertos de urbanización (que fijan las condiciones de urbanización de un área determinada); (iv) conciertos de subvención y/o fomento a la producción (para definir los objetivos económicos del particular ante la subvención estatal); y (v) conciertos ambientales (que obligan a los propietarios a realizar, omitir o tolerar ciertas medidas para proteger el medio ambiente a cambio de la compensación de un gravamen)¹⁴⁰.

Si bien el concierto administrativo como forma jurídica de actuación de la Administración (junto al acto administrativo) ya era conocido en Alemania desde el siglo XIX, la tesis que rechazaba este tipo de relación Estado-ciudadano de OTTO MAYER se impuso durante mucho tiempo. Para MAYER, los acuerdos entre el Estado y los ciudadanos no eran posibles en el ámbito del derecho público, pues los acuerdos presuponían la equiparación de los sujetos de derecho, y el derecho público estaba determinado por la posición dominante del Estado¹⁴¹. Sin embargo, hacia 1958 varios factores convergen para cambiar dicha postura: aparecen más obras doctrinarias a favor de la admisibilidad del concierto administrativo, posibilitando su inserción en la ciencia jurídica; la Administración comenzó a utilizarlos con mayor regularidad como una forma normal de actuación; y la jurisprudencia convalidó dicha práctica¹⁴². Como

¹³⁹ Cfr. MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo Alemán*, UNAM, México, 2012, 367-370. Dado que sólo analizamos los actos administrativos bilaterales que la Administración Pública puede celebrar con los particulares, trataremos solamente los conciertos de “subordinación”, que son los que se celebran entre partes desiguales (Administración Pública y particulares) y no los de “coordinación”, que son los que se celebran entre partes de rango equiparable (distintos organismos de la Administración Pública).

¹⁴⁰ Cfr. ORTIZ, 877; y KREBS, Walter, “Contratos y convenios entre la Administración y particulares”, *Revista de Documentación Administrativa (1958/2005)*, Números 235-236 del Instituto Nacional de Administración Pública, 82, 56.

¹⁴¹ Cfr. MEYER, Hans, “El Procedimiento Administrativo en la República Federal de Alemania”, en BARNES, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, 291; y PAREJO ALFONSO, “La terminación...”, 702.

¹⁴² Cfr. MAURER, 376-378; y HUERGO LORA, *Los contratos...*, 83, donde se cita que el *leading case* que en Alemania sostuvo la validez de los conciertos administrativos –incluso ante la falta de una habilitación normativa– es de 1966, y que tuvo en cuenta la posición del ciudadano en el Estado de Derecho moderno, distinta a la que tenía en el Estado absoluto, en el que era considerado como un objeto de la Administración.

conclusión de este proceso, y tomando el ejemplo de una de sus administraciones territoriales (o “*Länder*”)¹⁴³, en 1976 el concierto administrativo quedó regulado expresamente en la LPAA¹⁴⁴.

Así, la LPAA reguló el procedimiento administrativo como la actividad administrativa previa que la Administración debe realizar para dictar actos administrativos¹⁴⁵ y conciertos administrativos¹⁴⁶, aceptándose éste último como una forma natural de administrar. El régimen jurídico aplicable a los conciertos administrativos está compuesto por la propia LPAA, salvo que la parte específica sobre conciertos administrativos (contenida en el Título IV) establezca lo contrario, y las disposiciones del Código Civil en forma analógica¹⁴⁷.

La Administración podrá optar por celebrar un concierto administrativo en lugar de dictar un acto administrativo unilateral cuando: (i) una norma no lo prohíba¹⁴⁸; (ii) se celebre por escrito¹⁴⁹; (iii) cuente con la aprobación escrita de los terceros cuyos derechos resulten afectados¹⁵⁰; y (iv) se le haya dado intervención a la autoridad administrativa cuya participación sea necesaria¹⁵¹. También deberá evaluarse si se ejercen competencias regladas o discrecionales, dado que su margen de negociación se reduce en el caso de las primeras¹⁵².

La determinación en cada caso concreto de qué herramienta (acto administrativo o concierto administrativo) utilizará la Administración dependerá de una decisión discrecional. En este sentido, se ha dicho que no existiría una preferencia por el

¹⁴³ Cfr. KREBS, 56, donde menciona que la primera ley en reconocer los conciertos fue la Ley de Administración Territorial de Slesvig-Holstein de 1967.

¹⁴⁴ Cfr. LPAA arts. 54-62. Ver en <http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/Ley-Alemana-de-Procedimiento-Administrativo-Version-Castellano-2.pdf>. En especial, el art. 54: “Admisibilidad del contrato de derecho público. Una relación jurídica en el ámbito del derecho público puede ser establecida, modificada o anulada por contrato (*contrato de derecho público-öffentlich-rechtlicher Vertrag*), salvo que la normativa no disponga lo contrario. En particular, la autoridad administrativa puede, en lugar de dictar un acto administrativo, celebrar un contrato de derecho público con aquel que en lo demás sería el destinatario del acto administrativo”.

¹⁴⁵ Cfr. LPAA, arts. 35-53.

¹⁴⁶ Cfr. LPAA, arts. 54-62.

¹⁴⁷ Cfr. LPAA, art. 62.

¹⁴⁸ Cfr. LPAA, art. 54.

¹⁴⁹ Cfr. LPAA, art. 57.

¹⁵⁰ Cfr. LPAA, art. 58, inc. 1.

¹⁵¹ Cfr. LPAA, art. 58, inc. 2.

¹⁵² KREBS, 68-72. El autor cita como restricciones jurídicas a la posibilidad de celebrar conciertos (i) la existencia de prohibiciones legales de celebrar conciertos (por ej. en ciertos aspectos fiscales), (ii) el principio de reserva de ley, (iii) el cumplimiento de los requisitos de la LPAA (por ej. para celebrar los contratos de “intercambio” o de “conciliación”) y (iv) el cumplimiento de los requisitos fijados en las regulaciones legales especiales (por ej. según la materia del concierto).

concierto administrativo cuando los particulares tuvieran la intención de celebrarlo y cumplir con las obligaciones acordadas en lugar de que dichas obligaciones les sean impuestas unilateralmente, si bien sería aconsejable que se estableciera tal preferencia en ciertas materias mediante nuevas normas (por ej. urbanismo).

Tampoco existe un *numerus clausus* de conciertos administrativos que la Administración puede celebrar, dado que la LPAA es de carácter general y resulta aplicable a todas sus actividades. Sin embargo, la LPAA sí regula específicamente dos tipos de conciertos administrativos: el “concierto de transacción” y el “concierto de intercambio”¹⁵³.

El “concierto de transacción” es un acuerdo que permite a la Administración hacer cesar la incertidumbre sobre un asunto o situación jurídica mediante un acuerdo con el particular. Para ello se requiere que: (i) exista una situación de razonable incertidumbre sobre un asunto o situación jurídica; (ii) la Administración tenga discrecionalidad para resolver y que lo estime oportuno; (iii) dicha incertidumbre no pueda ser remediada o, al menos, sin un esfuerzo considerable; y (iv) ambas partes cedan o realicen ciertas concesiones. Se cita como ejemplo el concierto expropiatorio.

El “concierto de intercambio” es un acuerdo que genera obligaciones recíprocas, por el cual el particular se obliga a cumplir con una prestación a favor de la Administración que, a su vez, le sirve a la Administración para cumplir con sus funciones públicas. Dado que esta figura puede dar lugar a abusos por parte de la Administración y al “comercio de derechos de soberanía”, sólo procede cuando (i) se ejerce sobre potestades discrecionales; (ii) la prestación del particular es proporcionada; (iii) la Administración dedique la prestación del particular a una finalidad determinada en el concierto administrativo; y (iv) dicha finalidad está relacionada con el interés público específico al que debe ordenarse el acto objeto del concierto administrativo (este requisito se llama “prohibición de desconexión de las prestaciones”)¹⁵⁴. Tal sería el caso del “concierto de dispensa de obra” cuando incluye pagos a cargo del particular (por ej. un acuerdo mediante el cual una persona interesada en construir un edificio comercial en el centro de una ciudad que no está en condiciones de construir las plazas de estacionamiento obligatorias solicita en el permiso de obra que también se lo dispense de esta obligación, y la autoridad lo consiente si el interesado paga una suma de dinero para la construcción de un edificio de estacionamiento en las cercanías).

Otra cuestión relevante radica en determinar si la presencia del consentimiento del administrado habilita a la Administración a ejercer competencias más amplias a las

¹⁵³ Cfr. LPAA, arts. 55 y 56.

¹⁵⁴ MAURER, 372-373.

que le vienen dadas por ley, o a dictar regulaciones que no podría emitir mediante actos administrativos. Es decir, si el consentimiento del particular produce una relajación de la vinculación de la Administración a la ley y, de admitirse esta posición, hasta qué punto.

Si bien algunos opinan que la admisión de tal posibilidad podría generar abusos por parte de la Administración, MAURER explica, con relación a la posibilidad de ejercer competencias más amplias, que “[s]iempre que el ciudadano pueda, mediante una declaración unilateral, expresar su renuncia, con la consecuencia de que la administración vaya a poder hacer algo a lo que, en caso contrario, no estaría facultada, debe admitirse también la fórmula del convenio entre el Estado y el Ciudadano”. Y, con relación a la extensión, que serán válidas las renunciaciones siempre que (i) la posición jurídica en cuestión sea renunciable (por estar exclusivamente en interés del beneficiario) y (ii) la renuncia en el caso concreto no contraría la prohibición de desconexión de las prestaciones. Así, destaca que es precisamente la posibilidad de ampliar el contenido del objeto del acto administrativo mediante la inclusión de cláusulas que serían ilegales sin el consentimiento del particular lo que genera incentivos para recurrir al concierto administrativo¹⁵⁵.

Además, la LPAA establece que los conciertos administrativos podrán ser declarados nulos cuando (i) la nulidad procediera por la aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil¹⁵⁶; (ii) un acto administrativo de contenido equivalente fuera nulo¹⁵⁷ o inválido cuando dicha invalidez no se justificara en un vicio de procedimiento y ambas partes lo conocieran¹⁵⁸ (esta disposición busca evitar que las partes se pongan de acuerdo para eludir su cumplimiento); (iii) no se cumplieran con los requisitos del concierto de transacción¹⁵⁹; y (iv) la Administración aceptara una contraprestación que es inadmisibles en el concierto de intercambio¹⁶⁰. También se establece como regla que la nulidad de una parte del concierto administrativo se extiende a todas sus disposiciones, salvo que se pudiera suponer que dicho contrato se habría celebrado igualmente sin dicha parte¹⁶¹.

¹⁵⁵ MAURER, 384-385.

¹⁵⁶ Cfr. LPAA, art. 59, inc. 1; y MAURER, 388-396. Esta remisión provocó en Alemania una importante discusión para determinar su alcance y, en particular, si la causal de nulidad prevista en el art. 134 del Código Civil Alemán (cuando sea contrario a derecho) también resulta aplicable, dado que dejaría sin sentido las causales mencionadas en el inc. 2 del art. 59.

¹⁵⁷ Cfr. LPAA, art. 59, inc. 2.1.

¹⁵⁸ Cfr. LPAA, art. 59, inc. 2.2.

¹⁵⁹ Cfr. LPAA, art. 59, inc. 2.3.

¹⁶⁰ Cfr. LPAA, art. 59, inc. 2.4.

¹⁶¹ Cfr. LPAA, art. 59, inc. 3.

Una parte de la doctrina sostiene que un concierto administrativo será nulo únicamente por las causas de nulidad citadas, y que un concierto administrativo inválido por causales distintas mantendría su eficacia haciendo que –a diferencia de lo que ocurre con el acto administrativo– no sea impugnabile por los afectados, ni revocable mediante recursos, ni revisable de oficio por la Administración por dicha invalidez¹⁶². Esto ha llevado a que se discuta la constitucionalidad del art. 59 de la LPAA por la posible afectación del principio de legalidad, lo que, a criterio de MAURER, se resolvería según la interpretación que se haga del art. 59: será constitucional si su interpretación comprende todas las infracciones esenciales de derecho y sólo se excluyen de su ámbito de aplicación a las infracciones de carácter incidental; y será inconstitucional en caso contrario.

Por otra parte, incluyendo la cláusula *rebuc sic stantibus*, la LPAA faculta a cualquiera de las partes a solicitar a la otra su adecuación cuando las circunstancias determinantes para la fijación del contenido del concierto administrativo al momento de la firma se modificaran de tal manera que no se pueda esperar que se cumplan de modo normal y, en subsidio, a rescindirlo. Ello sin perjuicio de la posibilidad de que la Administración decida rescindirlo por razones de interés público, lo que podría dar lugar a reclamos de indemnización¹⁶³.

En caso de incumplimiento del particular, la Administración no está facultada para exigir su cumplimiento mediante el dictado de un acto administrativo, debiendo, al igual que los particulares, presentar una demanda ante los tribunales. Sin embargo, la LPAA prevé la posibilidad de que las partes incluyan una “cláusula de ejecución” por la que sometan el concierto administrativo a un régimen de ejecución forzosa e inmediata, permitiendo a la Administración ejecutar el concierto administrativo como si se tratara de un acto administrativo; y al particular como si se tratara de una sentencia contencioso-administrativa¹⁶⁴.

Finalmente, se destaca que el concierto administrativo es una herramienta de gran utilidad para solucionar problemas en materias de contenido amplio, complejo y atípico, otorgando mayor flexibilidad a la Administración; cumple una importante función de complemento de las normas; aumenta las posibilidades de actuar de la

¹⁶² Cfr. KREBS, 72; y MAURER, 386-396, donde se expone que “[s]i la administración se compromete *contractualmente* a dictar un acto administrativo contrario a derecho y el convenio no es nulo por no existir una cusa de nulidad, *deberá* dictar dicho acto administrativo (inválido) en virtud del convenio (válido). Por el contrario, si la administración *promete* unilateralmente un acto administrativo contrario a derecho, en principio está obligada a dictarlo, pero, bajo las condiciones del § 48 [de la LPAA] puede revocar esa promesa...”.

¹⁶³ Cfr. LPAA, arts. 49 y 60; y KREBS, 76.

¹⁶⁴ Cfr. LPAA, art. 61; y MAURER, 398-399.

Administración mediante la cooperación del particular; genera mayor aceptación que los actos administrativos y, por ende, mayores posibilidades de optimizar los fines de la Administración; permite una administración más moderna y democrática, acorde al Estado de Derecho que ve al ciudadano no como subordinado sino como sujeto de derecho y socio de la administración, haciéndolo partícipe en ella¹⁶⁵.

2. *Los conciertos administrativos en Italia*

En Italia la Administración se vincula con los particulares mediante dos tipos de actos bilaterales: (i) “contratos de derecho privado” y (ii) “acuerdos públicos” (“*accordi procedimentali*”), que serían los conciertos administrativos¹⁶⁶.

Por un lado, los “contratos de derecho privado” se asimilan a los que se celebran en Alemania, ya que si bien se rigen principalmente por derecho privado (en Italia tampoco rige la figura del contrato administrativo francés), la etapa previa de selección del contratista se rige por derecho administrativo (también con la influencia de las normas comunitarias)¹⁶⁷.

Por el otro, los “acuerdos públicos” o conciertos administrativos son los que se rigen por derecho público, y permiten a la Administración, en el curso de un procedimiento administrativo y cuando la ley le confiere un poder discrecional, acordar con los particulares el contenido de una resolución (“concierto preparatorio”) o sustituirla (“concierto sustitutivo”) mediante dicho acuerdo.

Luego de un extenso debate en cuanto a su aceptación, los conciertos administrativos se regularon en la LPAI¹⁶⁸ en 1990. Si bien cierta doctrina ya los estudiaba y aprobaba antes del dictado de la LPAI, se señala que no hubo una aceptación similar ni en la doctrina en general ni en la jurisprudencia¹⁶⁹, y que el legislador italiano tuvo presente la LPAA y la práctica cada vez más frecuente por la cual la Administración, además de resolver, negocia con el particular la resolución o regula la relación en forma contractual¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Cfr. KREBS, 58-60; y MAURER, 378.

¹⁶⁶ Cfr. TRAVI, Aldo, “La contratación pública en Italia”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado General...*, T. II, 536.

¹⁶⁷ *Idem*, 544-566.

¹⁶⁸ Cfr. LPAI, art. 11. Dado que sólo analizamos los actos administrativos bilaterales que la Administración puede celebrar con los particulares, no se desarrollan los “acuerdos públicos” que las distintas Administraciones pueden celebrar entre sí, y que están regulados en el art. 15 de la LPAI.

¹⁶⁹ Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 248-249. En la nota N° 7 se cita la teoría de los “*contratti ad oggetto pubblico*” de GIANNINI, y el concepto de “*convenzioni pubblicistiche*” de FALCON.

¹⁷⁰ CORSO, Guido, “El Procedimiento Administrativo en Italia”, en BARNES, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, 501.

La LPAI también prevé dos tipos de conciertos administrativos, el “preparatorio” y el “sustitutivo”¹⁷¹. Si bien el “concierto preparatorio” sí se aceptó en Italia como regla, se discutió en qué supuestos procedería el uso del “concierto sustitutivo”, dado que la LPAI disponía que éste último sólo era admitido “en los casos previstos por la ley”. Una interpretación literal de la LPAI llevaba a entender que el concierto sustitutivo sólo procedía cuando una ley especial contemplara la posibilidad de que la Administración opte por dictar una resolución o celebrar un concierto administrativo (por ej. el acuerdo amistoso en materia de expropiación).

Esta interpretación prevaleció en un principio con fundamento en que el legislador habría desconfiado respecto al uso que la Administración podía hacer de los conciertos administrativos en perjuicio del interés público, la transparencia y los terceros, y porque la existencia de una decisión administrativa final impugnada mediante un recurso judicial sería una garantía para el particular¹⁷².

Sin embargo, cierta doctrina entendió que esta interpretación bloquearía la innovación, y que debería entenderse en un sentido más amplio, dado que la Administración poseería la autonomía propia de un particular para decidir bajo qué forma actuar. Por ello, el reenvío debería entenderse en sentido contrario: sólo cuando la ley lo prohíba, o la imposibilidad derive del efecto jurídico perseguido¹⁷³. También se postuló que la Administración estaría obligada a celebrar un concierto administrativo en lugar de dictar un acto administrativo por el principio de proporcionalidad, si el uso del concierto administrativo responde adecuadamente al interés público que ella persigue y el particular estuviera dispuesto a celebrarlo¹⁷⁴.

La discusión quedó resuelta con las modificaciones introducidas mediante la Ley N° 15 del 11 de febrero de 2005, que admitió los conciertos sustitutivos como regla general al entender que permitirían un desarrollo más rápido y eficaz de la actividad administrativa. Su reglamentación obliga a la Administración a “rendir cuentas” de las razones de interés público del concierto administrativo y de la ausencia de perjuicios a los derechos de tercero, lo que permitiría inducir que si un tercero se sintiera perjudicado podría recurrir dicho acto ante un juez¹⁷⁵.

La LPAI establece que el régimen jurídico aplicable a los conciertos administrativos se determina por “los principios del Código Civil en materia de

¹⁷¹ Cfr. TRAVI, 537.

¹⁷² *Idem*, 537.

¹⁷³ CORSO, 501.

¹⁷⁴ Cfr. TORRICELLI, Simone, “El Procedimiento Administrativo en el sistema Italiano, entre la eficiencia y la garantía”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 9, 2010, 291-292.

¹⁷⁵ Cfr. TRAVI, 537.

obligaciones o contratos, en lo que resulten compatibles”¹⁷⁶. La doctrina señala que dicha disposición receptó un precedente de la Corte de Casación Italiana, y que el principal problema que genera es determinar cuáles serían los principios del Código Civil compatibles y cuáles no¹⁷⁷.

Asimismo, los conciertos administrativos estarían sujetos a los siguientes límites: (i) forma escrita bajo pena de nulidad, (ii) el interés público involucrado; (iii) los derechos de terceros (que no podrían resultar perjudicados ni prejuzgados); (iv) el poder de rescisión unilateral del concierto administrativo de la Administración por motivos de interés público; y (v) la sujeción a los controles aplicables a las actuaciones administrativas. Otro límite de los conciertos administrativos es que no deberían utilizarse en procedimientos para el dictado de resoluciones normativas (como los reglamentos) o de planificación, dado que el consenso entre la Administración y ciertos particulares no debería afectar a la colectividad. No obstante, la jurisprudencia interpreta este límite de modo flexible (por ej. para las convenciones urbanísticas y planos de loteo)¹⁷⁸.

Al igual que en Alemania, en Italia también se discute cómo influye el principio de legalidad en los conciertos administrativos. Así, en sentido similar a MAURER, GIANNINI entiende que el principio de legalidad alcanzaría a los actos administrativos unilaterales, donde cumpliría una función de garantía dirigida a evitar que la Administración utilice sus poderes en perjuicio de los particulares. Sin embargo, en los actos bilaterales su alcance sería menor porque el efecto jurídico se produciría como consecuencia del consentimiento del particular, que cumpliría así la función de garantía necesaria para compensar la falta del principio de legalidad (como ocurre con los contratos de derecho privado)¹⁷⁹. Esta interpretación permitiría, entonces, que el consentimiento del particular habilitara a la Administración a actuar más allá de lo que podría hacer en forma unilateral sobre la base de las normas que le atribuyen competencia, y a que obtenga ventajas mayores que de otra forma serían ilegítimas.

En cambio, otra parte de la doctrina se opone a esta interpretación al entender que el principio de legalidad, además de cumplir una función de garantía, también sirve para encaminar a la actividad administrativa y definir sus relaciones con los particulares, por lo que no resultaría excluido en el caso de los conciertos

¹⁷⁶ LPAI, art. 11.2.

¹⁷⁷ Cfr. TRAVI, 539. En el precedente citado se entendió que los acuerdos entre la Administración y los ciudadanos en materia urbanística (con un objeto indisponible para el particular) eran válidos y que su regulación debía reconducirse a la de los contratos.

¹⁷⁸ *Idem*, 541.

¹⁷⁹ *Idem*, 542.

administrativos. También señalan que esta interpretación permitiría que la Administración utilice los conciertos administrativos como un instrumento para presionar a los particulares cuando necesitan una resolución favorable (por ej. para obtener un permiso o autorización), obligándolos a celebrar conciertos administrativos que reporten ciertas ventajas que la Administración no habría podido imponer en forma unilateral. Por ello, se sostiene que el uso de los conciertos administrativos no debería dejar de lado el principio de legalidad (que establecería los “parámetros de referencia” que deberían respetarse)¹⁸⁰.

También se prevé en la LPAI el derecho de la Administración a rescindir el concierto administrativo por razones de interés público, siempre que tales razones sean sobrevinientes, que determinen un cambio en la situación de hecho o de las normas relevantes y que incida negativamente sobre el interés público (no sería válido que se invoque una valoración del interés público distinta debido a errores originarios). En particular, se discute si el acto que termina un concierto administrativo por razones de interés público sería un acto equiparable a la rescisión de los contratos del Código Civil o a la revocación de los actos administrativos; y si la indemnización a pagar incluye sólo el daño emergente o también el lucro cesante. La opinión mayoritaria sostiene que se trataría de una revocación y que la indemnización a pagar sería la restringida¹⁸¹.

Las controversias sobre la formación, conclusión y ejecución de conciertos administrativos se reservan a la jurisdicción administrativa¹⁸². Ello resulta del criterio de la Corte Constitucional italiana, que entendió que los conciertos administrativos, al ser el resultado de un procedimiento administrativo y del ejercicio de un poder administrativo, eran actos que se enmarcaban en el derecho administrativo, pese a ser un acto bilateral y fundarse en el consenso¹⁸³. De esto se derivaría que los terceros podrían impugnar los conciertos administrativos por los mismos vicios por los que podrían impugnar una decisión unilateral¹⁸⁴.

3. *Los conciertos administrativos en España*

En España, la Administración se vincula con los particulares mediante tres tipos de actos bilaterales: (i) contratos administrativos *stricto sensu*, (ii) contratos de derecho privado y (iii) conciertos administrativos.

¹⁸⁰ *Idem*, 543.

¹⁸¹ Si bien se critica la falta de fundamento positivo de esta postura, que se justificaría en una cuestión práctica: evitar que el peso patrimonial resulte tan oneroso que obste a que la Administración tome todos los recaudos necesarios para asegurar la congruencia entre el concierto administrativo y el interés público

¹⁸² LPAI, art. 11.5.

¹⁸³ Fallo N° 204 del 6 de julio de 2004.

¹⁸⁴ Cfr. TRAVI, 538.

En el contrato administrativo (que sigue la teoría del contrato administrativo francés) y en el contrato de derecho privado, la Administración utiliza el contrato como un instrumento dentro del ámbito específico de las relaciones patrimoniales y actúa como “cliente” de los empresarios privados, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial, ya que paga dinero o transfiere posibilidades de actuación frente al público que tenía reservadas a cambio de cosas o servicios que busca y recibe¹⁸⁵. En la nueva Ley de Contratos del Sector Público fueron reconocidos expresamente¹⁸⁶.

Los conciertos administrativos se distinguen porque no tienen una figura similar en el derecho contractual privado, dado que no suponen un ejemplo de colaboración patrimonial entre partes o un fenómeno económico de intercambio, sino, por el contrario, un simple acuerdo sobre la medida de una obligación o de una ventaja típicas de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la persona con quien ella conviene. Se trataría, en definitiva, de una técnica de administrar y no de intercambiar prestaciones patrimoniales¹⁸⁷.

Si bien cierta doctrina rechaza esta figura al ver en ellos una contratación sobre potestades públicas, algo que estaría prohibido en España¹⁸⁸, otra parte considera que, siguiendo los ejemplos de la LPAA y LPAI, fueron reconocidos genéricamente en la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁸⁹, y que actualmente estarían reconocidos en la LPAE¹⁹⁰. Estas disposiciones permiten a la Administración finalizar procedimientos administrativos mediante acuerdos sin necesidad de cumplir con todas las etapas necesarias para emitir el acto administrativo final. Otros autores consideran que el concierto administrativo reconocido en la LPAE, llamado “convenio finalizador de los procedimientos administrativos”, serían un tipo de concierto, junto con otros tipos como el concierto urbanístico y el concierto expropiatorio, pero que no habría reconocido al concierto administrativo como instituto genérico¹⁹¹.

La LPAE establece que el régimen jurídico aplicable a los conciertos administrativos está sujeto, además de sus disposiciones, al régimen jurídico específico

¹⁸⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, 680.

¹⁸⁶ Cfr. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, art. 25 para los contratos administrativos y art. 26 para los contratos de derecho privado.

¹⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, 681.

¹⁸⁸ Cfr. ORTIZ, 877.

¹⁸⁹ Cfr. PAREJO ALFONSO, “La terminación...”, 697.

¹⁹⁰ Cfr. LPAE, art. 86.

¹⁹¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, 687.

aplicable en cada caso según el objeto del concierto¹⁹². Sobre dicho “régimen jurídico específico”, PAREJO ALFONSO señala dos posibles interpretaciones: la de MÉNENDEZ REXACH, que considera que la habilitación para celebrar conciertos administrativos está limitada a que dicho régimen jurídico específico efectivamente exista y reconozca la posibilidad de celebrar conciertos administrativos, resultando complementario de la LPAE (salvo que se trate de conciertos preparatorios no vinculantes); y la de DELGADO PIQUERAS, que entiende que se trata de una habilitación legal general y que la remisión a las normas sectoriales se limita a modular o adecuar dicha habilitación a las características específicas de la materia correspondiente¹⁹³.

PAREJO ALFONSO entiende que la postura de DELGADO PIQUERAS es la más conveniente porque considera que la regulación de los conciertos administrativos en la LPAE es suficiente para justificar su validez en forma genérica. Así, la LPAE cumpliría holgadamente con la reserva de ley para dotar a la Administración de la capacidad para celebrar conciertos administrativos; la falta de regulación de ciertas cuestiones podría ser resuelta mediante la aplicación supletoria de la legislación de los contratos administrativos (por ej. régimen de invalidez); y la remisión a la normativa sectorial serviría para precisar las “condiciones de dicho juego” (objeto, límites, alcances, efectos y, en general, régimen jurídico) en cada caso, de ser necesario¹⁹⁴.

Cabe tener en cuenta que el régimen aplicable a los conciertos administrativos también podría complementarse con las disposiciones de la Ley de Contratos del Sector Público: si bien parecería que dicha norma los menciona al sólo efecto de excluirlos de la aplicación de sus disposiciones¹⁹⁵, lo cierto es que también los sujeta “a los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”¹⁹⁶. Esto diferencia el régimen de los conciertos administrativos de España con los regímenes de Alemania e Italia, que mandan aplicar “análogamente” o “en cuanto sean compatibles” las disposiciones del Código Civil¹⁹⁷.

Se sostiene que la principal novedad de la regulación legal de los conciertos administrativos no se relacionó tanto con el reconocimiento de su validez, sino más bien al carácter general de la habilitación que otorgó a la Administración para celebrarlos.

¹⁹² LPAE, art. 86, inc. 1.

¹⁹³ Cfr. PAREJO ALFONSO, “La terminación...”, 714.

¹⁹⁴ *Idem*, 714-717.

¹⁹⁵ Cfr. Ley N° 9/2017, del 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, art. 6.2.

¹⁹⁶ Cfr. Ley N° 9/2017, del 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, art. 4.

¹⁹⁷ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en España la aplicación de derecho privado podría llegar en forma supletoria, ya que el art. 25.2 establece que los contratos administrativos se regirán “por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo” y, supletoriamente, por “las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado”.

Ello se explica porque los conciertos administrativos ya habían sido aceptados con anterioridad, con fundamento en la falta en el derecho español de una prohibición general y absoluta, expresa o implícita, que impida a la Administración ejercer sus potestades mediante acuerdos; porque la doctrina también los había aceptado; y porque el uso de esta técnica para administrar ya era evidente en muchas materias¹⁹⁸.

La doctrina¹⁹⁹ cita como ejemplos los conciertos administrativos celebrados en materia de: expropiación²⁰⁰, impuestos, fijación de precios, fomento y planeamiento urbano, entre otras. Sin embargo, el elemento común en todos los acuerdos está en su objeto: el ejercicio de una potestad administrativa. La particularidad está dada porque el procedimiento administrativo en cuyo marco se hizo uso de esa potestad terminó en forma convencional, una forma “alternativa” al desarrollo de la actividad administrativa unilateral con objeto y contenido idéntico, habiendo dado una mayor participación a los particulares en su determinación²⁰¹.

La LPAE también autoriza a la Administración a celebrar conciertos “preparatorios” y “sustitutivos”. Para ello, los conciertos administrativos deben (i) cumplir con el ordenamiento jurídico; (ii) versar sobre materias susceptibles de transacción; (iii) tener por objeto la satisfacción el interés público encomendado; (iv) incluir un contenido mínimo (que incluye a las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según las personas destinatarias); y, de ser necesario, (v) contar con la aprobación expresa del órgano competente cuando versen sobre materias específicas de su competencia²⁰².

Ciertos autores consideran que la Administración, al celebrar los conciertos administrativos, seguiría vinculada por el principio de legalidad y, por ello, que los conciertos administrativos no habilitarían poderes que la Administración no tenía de antemano, sino que sólo recubrirían con un manto negocial el ejercicio de las potestades de intervención que ya venía utilizando tradicionalmente, que sigue estando habilitada

¹⁹⁸ Cfr. PAREJO ALFONSO, “La terminación...”, 697, donde se cita la opinión de GARRIDO FALLA, MEILÁN GIL y DELGADO PIQUERAS; y HUERGO LORA, *Los contratos...*, 245, donde se cita la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA.

¹⁹⁹ Cfr. PAREJO ALFONSO, “La terminación...”, 697-698; y GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, 681.

²⁰⁰ Cfr. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo, Parte General*, Volumen I, Marcial Pons, Madrid, 1992, 286, donde se citan ciertos casos en los que la jurisprudencia reconoció el carácter administrativo del convenio expropiatorio “por resultar dicha naturaleza tanto de la *causa expropriandi* como del criterio de la finalidad, y aunque la potestad expropiatoria tiene su fundamento en la Ley y no en el convenio, éste se dirige a precisar el alcance de una obligación previamente constituida, que resulta de la existencia de una relación especial de sujeción”.

²⁰¹ Cfr. PAREJO ALFONSO, “La terminación...”, 708.

²⁰² LPAE, art. 86.

por ley para ejercer y a las que no renuncia²⁰³. Otros autores sostienen que para determinar los límites del concierto administrativo “hay que utilizar como contraste el contenido del acto unilateral que la Administración habría podido dictar en ejercicio de la potestad que es objeto del contrato”, o “lo que la Administración habría podido hacer unilateralmente con lo que pacta en el contrato”, salvo las dos excepciones mencionadas en Alemania para justificar que la Administración se aparte de lo que habría podido resolver unilateralmente: (i) cuando se dejan de lado normas dispositivas (mediante los conciertos de transacción); y (ii) cuando el concierto administrativo incluye prestaciones a cargo del particular que son consentidas por él y contribuyen a justificar como más favorable al interés público el acto discrecional al que se compromete (mediante el concierto de intercambio)²⁰⁴.

De esta manera, se introduce un nuevo tipo de actividad (junto a la tradicional actividad unilateral y bilateral –contratos administrativos y privados–) capaz de proyectarse sobre cualquiera de las tres formas tradicionales de actuar unilateralmente: intervención/policía, fomento, y prestación/servicio público.

²⁰³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, 682.

²⁰⁴ Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 327-328.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS GENERAL DE LOS CONCIERTOS ADMINISTRATIVOS

A. Planteamiento General

En este capítulo se plantea la relevancia jurídica de realizar un análisis general de los conciertos administrativos (§ IV.B); y, en consecuencia, se realiza un análisis de los conciertos administrativos que incluye su concepto (§ IV.C), clasificación (§ IV.D), límites (§ IV.E), régimen jurídico aplicable (§ IV.F) y ventajas y desventajas (§ IV.G). Ello sin perjuicio de otras cuestiones que quedan fuera del presente trabajo dada su extensión²⁰⁵, y que también podrían generar un análisis interesante.

B. Relevancia jurídica de realizar un análisis general de los conciertos administrativos

Una vez conocido cómo los conciertos administrativos están regulados en el derecho comparado (§ III), el objetivo de este capítulo es plantear los distintos problemas y cuestiones que los conciertos administrativos generan, lo que permitirá sobre su base y en el capítulo siguiente (§ V), analizar si ellos existen en Argentina y si el Convenio PPC constituye un ejemplo de ellos.

C. Concepto de los conciertos administrativos

La característica fundamental de los conciertos administrativos, tal y como están regulados en Alemania, Italia y España, está dada por su objeto, que básicamente modula el ejercicio de una potestad administrativa a través de un acuerdo. Se trata de una herramienta de la Administración para administrar o regular en forma concertada, dejando de lado su típica forma de actuación unilateral cuando ejerce potestades.

Dicha característica los distingue de los contratos tradicionales que se analizan en derecho administrativo (administrativos y de derecho privado), en los cuales el objeto no es una potestad, sino un intercambio patrimonial destinado a que los particulares suministren a la Administración de los bienes y servicios que necesita para cumplir sus funciones. Así, se ha dicho que los conciertos administrativos se relacionan con la actividad unilateral de la Administración por su régimen de producción (dado en

²⁰⁵ En este sentido, incluyen cuestiones relacionadas a (i) la validez del consentimiento prestado por los particulares; (ii) la alternatividad o excepcionalidad de los conciertos administrativos frente a los actos administrativos; (iii) la posibilidad de impugnarlos; (iv) la posibilidad de solicitar judicialmente su cumplimiento; y (v) las indemnizaciones que su incumplimiento podría generar, entre otras cuestiones.

el marco de un procedimiento que pudo haber terminado mediante una decisión unilateral), y también con la actividad multi o bilateral por su resultado (que incluye un acuerdo), y que si bien este resultado incide en su régimen jurídico de fondo, tiene una especificidad tal que no permite confundirlos con los contratos administrativos, siendo, propiamente, actos administrativos²⁰⁶.

De un análisis preliminar se observa que los conciertos administrativos son más comunes de lo que podría pensarse, y que pueden aplicarse en distintos sectores (urbanismo, ambiente, competencia y precios, tributos y expropiaciones); celebrarse con distintos particulares, sean estos sujetos individuales o representantes de un colectivo social (asociaciones sindicales, empresarios o profesionales); y pueden ser típicos (si tienen un régimen específico que los regula) o atípicos (si carecen de dicho régimen y se regulan por las leyes generales de procedimiento administrativo y los principios generales de derecho administrativo)²⁰⁷.

Por todo ello, siguiendo los lineamientos de la definición dada por PAREJO ALFONSO²⁰⁸, definiremos al concierto administrativo como un acuerdo de voluntades celebrado entre la Administración y un particular, por el cual se termina o se prepara la terminación de un procedimiento administrativo en el cual la Administración debe ejercer una potestad administrativa, cuyo objeto es la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica regida por el derecho administrativo.

D. Clasificación de los conciertos administrativos

Del análisis de las distintas clasificaciones hechas por HUERGO LORA y por PAREJO ALFONSO²⁰⁹, los conciertos administrativos pueden clasificarse: (i) por su objeto (en conciertos sobre potestades discrecionales y conciertos de ejecución); y (ii) por el efecto sobre el procedimiento en el que se celebran (en conciertos preparatorios –no vinculantes y vinculantes– y sustitutivos).

1. Por el objeto del concierto administrativo (conciertos sobre potestades discrecionales y de ejecución)

En los conciertos sobre potestades discrecionales el objeto del concierto administrativo versa sobre el ejercicio de una potestad administrativa cuyo ejercicio es discrecional para la Administración. Es decir, que se trata de un caso en el que la

²⁰⁶ PAREJO ALFONSO, *Manual de...*, 559.

²⁰⁷ HUERGO LORA, *Los contratos...*, 30-32.

²⁰⁸ Cfr. PAREJO ALFONSO, “La terminación...”, 712.

²⁰⁹ Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 33-51; y PAREJO ALFONSO, *Manual de...*, 603-606.

Administración podía decidir unilateralmente en base a una valoración del interés público encomendada por ley y en el cual ningún particular tenía derecho a que dicha decisión tenga un contenido determinado. Ejemplos de ellos serían los conciertos de planificación urbanística; o los convenios para la terminación de procedimientos administrativos dirigidos a la concesión de autorizaciones o subvenciones (cuyos requisitos están sujetos a elementos discrecionales para su otorgamiento). En este tipo de conciertos se admitiría la posibilidad de que la Administración requiera a los particulares una contraprestación a su favor, si bien sujeta a ciertos requisitos (los llamados conciertos de intercambio del derecho alemán).

A diferencia de ellos, en los conciertos de ejecución el objeto del concierto administrativo no versa sobre una potestad discrecional, ya que la valoración del interés público comprometido ya fue determinada en una ley o en un acto anterior, y el particular sí tiene un derecho subjetivo a que el acto administrativo tenga un contenido concreto que puede reclamar judicialmente. En este caso, el objeto del concierto versa sobre el contenido concreto de dicho derecho (extensión, términos y condiciones), y es lo que precisamente se fija en el concierto administrativo. Esto sucede, por ejemplo, cuando se ejercen potestades regladas (por ej. conciertos que fijan el precio a pagar en caso de expropiación o conciertos de terminación de procedimientos administrativos dirigidos a la concesión de autorizaciones o subvenciones cuyos requisitos están totalmente regulados).

2. *Por el efecto sobre el procedimiento en el que se celebran (conciertos preparatorios –no vinculantes y vinculantes– y sustitutivos)*

Teniendo en cuenta el grado de vinculación que el concierto administrativo puede generar para la Administración, pueden distinguirse los (i) conciertos preparatorios y (ii) los conciertos sustitutivos. Mientras en España e Italia la LPAE y la LPAI expresamente prevén la posibilidad de que los conciertos sean “preparatorios” o “sustitutivos”, en Alemania sólo se prevén los sustitutivos²¹⁰, si bien se aceptan ambas categorías.

En los conciertos preparatorios, la Administración acuerda con el particular, en el marco de un procedimiento administrativo concreto, el contenido de un acto administrativo o de cómo ejercerá una potestad administrativa. Sin embargo, según cómo se lo acuerde, los conciertos preparatorios pueden ser no vinculantes o vinculantes²¹¹.

²¹⁰ Cfr. LPAE, art. 86; LPAI, art. 11; y LPAA, art. 54.

²¹¹ En España, el art. 86 de la LPAE expresamente prevé que los conciertos pueden ser vinculantes o no.

En los conciertos preparatorios no vinculantes, la Administración no queda obligada jurídicamente a dictar el acto o ejercer la potestad en el sentido acordado. En consecuencia, el particular no puede obligar a la Administración a cumplir lo acordado y su incumplimiento no le genera ninguna responsabilidad.

En cambio, en los conciertos preparatorios vinculantes, la Administración sí se obliga ante el particular a dictar un acto administrativo o a ejercer sus potestades en un cierto sentido. En esta categoría, la Administración habría asumido una especie de obligación de medios tendiente a poner sus mayores esfuerzos para cumplir con lo acordado (que se traduciría en tramitar el procedimiento necesario, defender la alternativa acordada y no apartarse de ella, salvo que razones de interés público lo justifiquen). El incumplimiento facultaría, entonces, a que el particular impugne ese acto y/o reclame una indemnización, salvo que el incumplimiento se justifique en razones ajenas a la Administración (por ej. presentaciones en el procedimiento por un tercero)²¹². Así lo entendió la jurisprudencia en España con relación a ciertos conciertos expropiatorios²¹³.

Por su parte, en los conciertos sustitutivos la Administración dicta el acto o ejerce la potestad a través del propio acuerdo, sin que sea necesario dictar un nuevo acto o ejercer sus potestades en forma posterior. Esta categoría es importante porque mediante ellos la Administración no se obliga a una actuación futura y sujeta a diversos riesgos que podrían impedir su concreción: el concierto administrativo sustituye directamente el acto o potestad que la Administración pudo haber dictado.

²¹² Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 46. En la nota N° 33 se cita la Ley valenciana 4/1992 sobre Suelo No Urbanizable, que si bien reconoce la posibilidad de que la Administración se aparte de lo acordado, dispone que “[e]l no cumplimiento de esa condición no dará lugar, en ningún caso, a responsabilidad contractual de la Administración, salvo que el cambio de criterio que determinara la imposibilidad de cumplimiento le fuera imputable y no se justificara suficientemente en razones objetivas de interés público”.

²¹³ *Idem*, 49-50. En la nota N° 36 se citan como ejemplos los convenios expropiatorios celebrados entre el Ayuntamiento de San Sebastián y particulares que incluyeron como contraprestación a cargo del Ayuntamiento la obligación de otorgarles la misma superficie que les correspondía en las fincas objeto de expropiación, pero en otras fincas de su propiedad, lo cual requería una modificación del planeamiento. El incumplimiento del Ayuntamiento provocó que los particulares solicitaran su cumplimiento ante los tribunales. Finalmente, el Tribunal Supremo sostuvo que los convenios eran vinculantes y si bien no condenó al Ayuntamiento a pagar el precio de expropiación, sí lo obligó a pagar el equivalente económico de la edificabilidad que se había comprometido a reconocerles (sentencia del 29/03/1984, “del Burgo y Marchan”).

E. Límites de los conciertos administrativos

La posibilidad de que la Administración celebre conciertos administrativos genera una serie de cuestiones que, a primera vista, podrían atentar contra su validez. Ello surge de la revisión hecha de sus antecedentes en Alemania, Italia y España, donde se observó que su aceptación y posterior regulación generó una serie de problemas que hizo que se los considere contrarios a distintos principios básicos del derecho administrativo, tales como el principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de las potestades, el principio de legalidad y el principio de igualdad. Por ello, a continuación se desarrollan algunas de estas cuestiones para verificar si efectivamente afectan su validez.

1. Irrenunciabilidad e indisponibilidad de las potestades administrativas

En primer lugar, se plantea si la celebración de conciertos administrativos implica para la Administración un acto de renuncia o disposición de potestades administrativas, lo que violaría el principio de su irrenunciabilidad e indisponibilidad. Este sería el principal obstáculo a la validez de los conciertos administrativos.

La atribución de potestades administrativas a la Administración se justifica en que ellas son esenciales para que la Administración pueda cumplir sus fines, por lo que resultan irrenunciables e indisponibles. Así, podría argumentarse que cuando la Administración acuerda con un particular cómo debe ejercer una potestad mediante un concierto administrativo, la Administración estaría renunciando o disponiendo de sus potestades, lo que violaría el principio mencionado.

Esto criterio fue seguido en Alemania, Italia, España y Francia por cierta jurisprudencia que sostuvo la imposibilidad de que la Administración vincule el ejercicio de sus potestades mediante acuerdos, pues al tener por objeto una potestad administrativa serían nulos por violar dicho principio. En particular, resulta clara la amplitud con la que se evalúa este principio de la siguiente cita: “No resulta admisible una ‘disposición’ de la potestad de planeamiento por vía contractual: cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a los que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, aquella potestad ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de los convenios anteriores”²¹⁴.

²¹⁴ Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 212 y 263-267, donde se cita la sentencia del 30 de abril de 1990, Ar. 3624, “Delgado Barrio”.

En sentido similar, GARCÍA DE ENTERRÍA cita un caso en el que se declaró la nulidad de un concierto administrativo porque su objeto estaba fuera del tráfico jurídico, dado que eran “las mismas potestades administrativas de ejercicio rigurosamente reglado las que la corporación compromete y enajena al margen de toda legalidad, de modo que por aplicación del artículo 1271 del Código Civil no puede estimarse válidamente constituido el pretendido negocio contractual por falta de objeto idóneo y devienen nulas sin posibilidad de ejercicio legal las obligaciones asumidas por la Corporación²¹⁵”.

Sin embargo, debería analizarse (en cada caso concreto) si al celebrar conciertos administrativos la Administración efectivamente dispone de sus potestades. Al respecto, HUERGO LORA sostiene que en los conciertos administrativos la Administración no cede a un tercero sus potestades ni renuncia a ejercerlas, sino que vincula su ejercicio para un caso concreto, tratándose, entonces, de un “acto de administración” (que estaría permitido) y no de un “acto de disposición” (que englobaría los supuestos de renuncia o cesión completas de la potestad, y estaría prohibido). Así, cita a SANTI ROMANO, que luego de rechazar la posibilidad de que un poder sea objeto de actos de disposición, sostiene que “se admite en algunos casos que el sujeto [titular] de él pueda, mediante acto bilateral o unilateral, comprometerse a no ejercitarlo o a ejercitarlo en determinados modos y dentro de determinados límites”, ya que “[t]ales actos de disposición se referirían, de todos modos, no al poder en sí y por sí, sino a su ejercicio solamente en orden a determinadas personas a favor de las cuales quedaría comprometido”; y concluye que “los actos llevados a cabo sin la observancia del compromiso, serían válidos, y el autor de ellos estaría obligado únicamente al resarcimiento de los daños²¹⁶”. Este es el sentido que se le da a la LPAE cuando dispone que “[l]os acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos²¹⁷”.

De lo dicho se desprende que, si bien existe la posibilidad de que bajo ciertas condiciones el ejercicio de potestades mediante conciertos administrativos pudiera generar una renuncia o disposición de ellas, también es posible que bajo otras circunstancias ello no ocurra. Por ello, el primer límite o requisito que deberá evaluarse

²¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, 684. Mediante el concierto, el particular se había obligado a abonar una indemnización al Ayuntamiento y el Ayuntamiento se obligaba a conceder una licencia de edificación, impedir construcciones frente a los edificios incluidos en dicha licencia, cambiar la calificación jurídica de un terreno y a revocar un acuerdo anterior que ordenaba la demolición de viviendas edificadas sin licencia por el particular.

²¹⁶ Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 268-269. En la nota N° 50 cita doctrina francesa y alemana que compartiría esta distinción para validar los conciertos.

²¹⁷ LPAE, art. 86, inc. 4.

al momento de celebrar un concierto administrativo es que el mismo no genere una renuncia o disposición de la potestad administrativa, sino que simplemente vincule su ejercicio en un caso concreto por considerarlo lo más conveniente para el interés público involucrado.

2. *Principio de legalidad*

En segundo lugar, se plantea si los conciertos administrativos cumplen con el principio de legalidad. Para ello, es necesario evaluar (i) cómo debe ser la habilitación normativa previa que autorice a la Administración a celebrarlos; y (ii) qué extensión puede darles a su contenido.

a. *Habilitación normativa para celebrar conciertos administrativos*

En primer lugar, se plantea cómo debe ser la habilitación normativa previa que permita a la Administración celebrar conciertos administrativos con los particulares.

Es decir, se debe clarificar si para que la Administración celebre conciertos administrativos con los particulares es necesario que exista una: (i) habilitación normativa específica y expresa sobre la materia particular sobre la cual se ejerce la potestad (lo que implicaría que por cada materia sobre la cual se quiera celebrar un concierto administrativo –expropiación, urbanismo, precios, etc.– sería necesaria una norma que establezca tal autorización); (ii) habilitación normativa genérica para celebrar conciertos administrativos sobre cualquier materia; o (iii) si basta con la habilitación normativa básica que atribuye a la Administración la potestad para actuar unilateralmente dictando actos administrativos, y de ella se infiere también la posibilidad de celebrar conciertos administrativos (salvo que lo prohíba expresamente).

En Alemania e Italia, donde existen regulaciones genéricas sobre los conciertos administrativos (contenidas en la LPAA y la LPAI) aplicables en todos los casos, parecería alcanzar con el criterio mencionado en (ii). Sin embargo, debe destacarse que en Alemania, la doctrina, jurisprudencia y práctica administrativa, y en Italia, la práctica y cierta doctrina, ya habían convalidado la legitimidad de los conciertos administrativos antes de que surjan dichas normas que los reconocieron, lo que llevaría a pensar que dichas normas regularizaron una situación preexistente, y que antes de su sanción dichos países se regían por el criterio mencionado en (iii). En España, la situación sería similar para los que ven en la LPAE una habilitación genérica, pero no para los que sólo ven una habilitación específica para cierto tipo de conciertos, lo que llevaría a exigir un sistema como el mencionado en (i).

HUERGO LORA señala que no sería necesaria una norma que expresamente reconozca y regule los conciertos administrativos, sea de modo genérico o específico – criterios (i) y (ii)–, para que ellos sean válidos. Así, partiendo de la distinta posición que la Administración tiene ante la ley cuando se trata ejercer potestades administrativa (donde tiene una vinculación positiva) y de contratar (donde tiene una vinculación negativa, salvo que exista una norma que le prohíba contratar), entiende que bastaría con una habilitación normativa básica que atribuya a la Administración de la potestad para actuar unilateralmente para que los conciertos administrativos sean válidos – criterio mencionado en (iii)–²¹⁸.

Desde otro punto de vista, también podría plantearse que si una norma otorga a la Administración una potestad que la habilita a actuar unilateralmente ante los particulares (es decir, sin solicitar su consentimiento o incluso en contra del mismo) para imponerle obligaciones, tanto más podría hacerlo si cuenta con dicho consentimiento, ya que dicha norma también la estaría habilitando –implícitamente y *a fortiori*– a actuar en forma concertada (aplicación del principio *ad maiore, ad minus*).

En conclusión, entendemos que los argumentos mencionados permiten sostener el criterio mencionado en (iii), y que basta con una habilitación normativa básica que atribuya a la Administración la potestad para actuar unilateralmente dictando actos administrativos (y que no lo prohíba expresamente).

b. Extensión del contenido del concierto administrativo

Otra cuestión vinculada al principio de legalidad se conecta con la extensión del contenido del concierto, es decir, si al celebrar un concierto administrativo la Administración puede darle un contenido menor, igual o mayor al contenido que podría haberle dado a un acto administrativo.

Esto tiene importancia no solo por la posibilidad de que el concierto administrativo sea nulo por excederse en su objeto, sino también por el posible peligro de que la Administración haga un ejercicio abusivo y desvirtúe su finalidad, exigiendo al particular ciertas prestaciones que no habría podido requerir si hubiera actuado en forma unilateral (ya que harían al acto inválido e impugnabile), pero que sí podría hacerlo con el consentimiento del particular. Ante esta potencial situación, es posible que los particulares se sientan obligados a consentir dicha prestación porque saben que,

²¹⁸ *Idem*, 245. Cita a GARCÍA DE ENTERRÍA, que partiendo de la distinción entre la capacidad de derecho público y de derecho privado de la Administración, señala que la vinculación positiva o necesidad de habilitación normativa previa para actuar sólo se requiere con la primera, es decir, cuando se ejercen potestades administrativas, y no alcanza a la celebración de contratos, pues la celebración de un contrato no supone el ejercicio de una potestad.

en caso contrario, la Administración les dictará otro acto administrativo con un contenido más gravoso, o no dictará el acto solicitado (por ej. el acto que concede una autorización o licencia).

Para resolver este planteo debería partirse del principio por el cual la Administración, al celebrar conciertos administrativos, se encuentra en la misma situación que cuando actúa mediante actos administrativos y, por ello, que el contenido de dicho concierto administrativo debería ser, por lo menos, análogo al que podría imponer unilateralmente mediante un acto administrativo. Según se vio, este principio es receptado en Alemania, Italia y España.

Sin embargo, la recepción pura y llana de dicho principio sin admitir excepciones podría poner en riesgo la efectividad de los conciertos administrativos, dado que una de sus principales características o ventajas sería precisamente la posibilidad de ampliar el objeto de los actos e incluir prestaciones de los particulares. Por ello, en Alemania se prevén dos excepciones: (i) el concierto de intercambio; y (ii) el concierto de transacción. Por su parte, en Italia y España la doctrina está dividida.

Consideramos que, manteniendo el principio de que la Administración sólo puede acordar aquello que podría haber dispuesto en forma unilateral, también deben aceptarse las dos excepciones mencionadas en el párrafo anterior.

En el primer caso, lo acordado en el concierto se consideraría válido en la medida en que la prestación exigida favorezca el interés público concreto que justificó el otorgamiento de la potestad para dictar el acto: “la prestación del particular no es una pura y simple contraprestación o precio que se paga a la Administración, sino que elimina cualquier inadecuación entre el acto solicitado por el particular y el interés público así definido o, visto desde el otro lado, hace que lo solicitado por el particular sea la opción más conveniente para el servicio al interés público, y que acceder a ello sea un ejercicio ajustado a Derecho de la discrecionalidad administrativa”²¹⁹.

En el segundo caso, lo acordado sería válido en la medida en que se trate de normas que pueden ser dejadas de lado sin que se afecte el interés público. Ello permitiría incluir en los conciertos administrativos aquellos casos en los que se debe cuantificar el monto de una indemnización a causa de un supuesto de responsabilidad estatal (por ej. expropiación, reparcelación, responsabilidad extracontractual), ya que en estos no hay un interés público comprometido, que sí fue tenido en cuenta al momento de decidir la causa que justifica la indemnización (por ej. la expropiación), lo que hace

²¹⁹ *Idem*, 340. Explica que esta posibilidad de exigir ciertos requisitos o prestaciones no es nueva, ya que se admite que la Administración pueda, en lugar de denegar una solicitud que sea parcialmente ilegal, aceptarla sujetándola al cumplimiento de ciertas condiciones que la hagan conforme a derecho.

indiferente que dicho precio se determine mediante un acto administrativo o mediante un concierto²²⁰.

Así, los particulares se benefician porque el contenido de lo acordado es más conveniente y más seguro que si tuvieran que esperar la resolución de un órgano administrativo, luego de un procedimiento engorroso con la intervención de organismos técnicos que se incluyen al solo fin de garantizar sus derechos cuando la Administración actúa en forma unilateral y que, en el caso de los conciertos administrativos, evidentemente pierde sentido. No obstante, tampoco puede ser utilizado a modo tal de perjudicar al Estado, por lo que deberá ser neutro en cuanto al interés público²²¹.

En consecuencia, y con excepción de los dos supuestos mencionados, el contenido de un concierto administrativo no puede apartarse de lo que la Administración podría haber dispuesto si hubiera actuado unilateralmente. El incumplimiento de este requisito viciaría al concierto administrativo en su competencia, objeto, causa y finalidad.

3. *Principio de igualdad y no afectación de derechos de terceros*

En tercer lugar, se plantea si la Administración podría violar el principio de igualdad o afectar los derechos de terceros al celebrar conciertos administrativos. Estos terceros podrían ser, por un lado, los particulares que se encuentren en igual situación que un particular con quien la Administración celebra un concierto administrativo (terceros en igualdad de condiciones); y, por el otro, particulares expuestos a los efectos de un concierto administrativo celebrado entre la Administración y un particular (terceros destinatarios).

En el primer caso, la posible afectación se justificaría si la Administración optara por celebrar un concierto administrativo con un particular y, luego, no lo celebrara con los terceros en igualdad de condiciones o lo celebrara en distintas condiciones. En el segundo caso, la afectación podría producirse cuando el concierto administrativo afectare los derechos de particulares a quienes el acto se dirige, y que no forman parte de dicho concierto.

En Alemania, la LPAA trata este tema al establecer como requisito de validez que los conciertos administrativos sólo tendrán eficacia a partir de la aprobación por escrito de los terceros cuyos derechos podrían resultar afectados y que, en caso contrario, podrían impugnarlo. En Italia, la LPAI y su reglamentación fijan como límites de los conciertos administrativos los derechos de terceros (que no podrían

²²⁰ *Idem*, 327-337.

²²¹ *Idem*, 335.

resultar perjudicados ni prejuzgados y, de resultar afectados, se entiende que los terceros podrían impugnar los conciertos administrativos).

Por ello, es importante que el procedimiento administrativo previo se desarrolle en forma adecuada, brindando la posibilidad de que los terceros interesados participen y brinden sus argumentos con relación a la procedencia y contenido del concierto administrativo para que la Administración pueda, eventualmente, decidir si corresponde o no celebrarlo y, en tal caso, su extensión²²².

4. *Materias excluidas de los conciertos administrativos*

En cuarto lugar, también debe plantearse cuál es el ámbito material de los conciertos administrativos, es decir, si la Administración puede optar por celebrar conciertos administrativos sobre cualquier materia o si existen algunas excluidas. De acuerdo a lo dicho en § IV.E.2.a, si se parte de la base de que basta una habilitación normativa previa que otorgue a la Administración una potestad para actuar unilateralmente para sostener la validez de los conciertos administrativos, el principio sería que los conciertos administrativos pueden acordarse sobre todas las materias en las dicha habilitación normativa previa exista, salvo que establezcan restricciones expresas.

En este sentido, en Alemania, la LPAA permite celebrar conciertos administrativos sobre cualquier materia mientras una norma jurídica no disponga lo contrario²²³; en Italia, la LPAI exceptúa los actos normativos, de efectos generales, y de planificación y programación²²⁴; y en España, la LPAE los prohíbe cuando versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción²²⁵. Por su parte, la doctrina propone limitaciones en los actos de juicio y los actos reglamentarios²²⁶.

En los actos de juicio, la restricción se justificaría en que no sería posible sustituir un acto administrativo por un concierto administrativo cuando el particular está sujeto a una evaluación de la Administración (que debería ser imparcial, idónea, etc.), como ocurriría en el caso de exámenes, concursos o procedimientos sancionatorios o disciplinarios. Sí se aceptarían los conciertos de ejecución en los procedimientos sancionatorios para determinar la cuantía de la indemnización o multa a aplicar una vez detectada la infracción. Otras posturas, asimilando el procedimiento sancionatorio al procedimiento penal, aceptarían incluso la posibilidad de celebrar conciertos administrativos para determinar la existencia misma de la infracción cuando el infractor

²²² Cfr. PAREJO ALFONSO, Manual de... 609-610.

²²³ LPAA, art. 54.1

²²⁴ LPAI, art. 13.

²²⁵ LPAE, art. 86.1.

²²⁶ Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 348-355.

manifieste su conformidad con la propuesta de resolución previamente negociada, algo similar a lo que ocurre en materia penal.

En los actos reglamentarios, su restricción se postula cuando tengan efectos generales (es decir, más allá de las partes que lo celebraron) porque al predeterminar el contenido de la norma se impediría valorar los intereses de todos los sectores potencialmente afectados. Algunos consideran que sí podrían celebrarse conciertos administrativos en los que la Administración se obligue a dictar ciertas normas (por ej. normas técnicas en materia ambiental, o planes urbanísticos).

5. *Competencia para celebrar el concierto*

En quinto lugar, debe plantearse también cuál es el órgano o ente competente para celebrar el concierto. Teniendo en cuenta que la celebración del concierto implicaría el ejercicio de una potestad, sería razonable entender que será competente para celebrarlo la autoridad administrativa que habría sido competente para dictar el acto administrativo sustituido o afectado por el concierto, salvo que una norma establezca lo contrario²²⁷.

6. *Predeterminación del resultado del procedimiento administrativo*

En sexto lugar, podría plantearse si es válido que la Administración se comprometa a dictar (en los conciertos preparatorios) o dicte (en los conciertos sustitutivos) un acto cuya conformidad al interés público todavía no está en posición de valorar.

Ello, pues la Administración todavía debería tramitar un procedimiento administrativo destinado a proveerla de la información necesaria (mediante informes, dictámenes, presentaciones de terceros, etc.) que le permita valorar adecuadamente el contenido del acto que debe dictar. En caso contrario, se podría correr el riesgo de que los conciertos administrativos y los actos que se dicten en su consecuencia se impugnen por presentar vicios en el procedimiento previo y en su objeto.

En el caso de los conciertos sustitutivos, este problema podría resolverse si se entendiera que la Administración no puede celebrar el concierto administrativo hasta tanto se cumplan con las etapas del procedimiento administrativo que resulten obligatorias para asegurar que la Administración cuenta con la información necesaria para tomar su decisión (informes técnicos, dictámenes, audiencias, intervención de terceros); o que se tramite hasta la etapa en la cual la Administración debe resolver,

²²⁷ *Idem*, 356.

salvo que haya etapas previas que hubieran sido establecidas únicamente en beneficio del particular (por ej. para determinar el monto de una indemnización).

En el caso de los conciertos preparatorios, este problema podría resolverse si se asumiera que la obligación de la Administración de cumplir con el concierto administrativo es de “medios” o está sujeta a una condición: que una vez cumplido el procedimiento administrativo correspondiente, la Administración concluya que lo acordado resulta la solución más ajustada al interés público involucrado. Por el contrario, si del procedimiento resultara que lo acordado no es la mejor solución, la Administración debería dejar de lado el concierto administrativo y ello no generaría ningún incumplimiento (ni deber de indemnizar).

Este razonamiento podría dar lugar a abusos por parte de la Administración, que podría utilizar argumentos arbitrarios o fundados genéricamente en el “interés público involucrado” para incumplir el concierto. Por ello, HUERGO LORA plantea como garantías a favor del particular el deber de la Administración de (i) determinar con la mayor claridad posible el contenido de la condición a cuyo cumplimiento está vinculada la eficacia del concierto; (ii) acreditar que en el procedimiento se hayan aportado nuevos elementos de juicio con los que la Administración no contaba (ni había podido prever o anticipar al tomar la decisión discrecional de adherirse al concierto administrativo y obligarse a dictar un acto determinado); y (iii) justificar cómo esos nuevos elementos ponen de manifiesto de forma objetiva (susceptible de ser razonada y aplicada a casos análogos) que las bases sobre las que debe tomarse la decisión administrativa han variado, de forma que manteniéndose los mismos criterios subjetivos por parte de la Administración, el contenido de la decisión debe variar respecto al fijado en el concierto²²⁸.

En particular, se destaca el deber de la Administración de “motivar el acto comparativamente”, que obliga a la Administración a expresar las razones de interés público por las cuales el acto dictado es superior al acto acordado en el concierto, y que por ello no puede cumplirlo. El incumplimiento de este deber de “motivación comparativa” haría al acto arbitrario y, por ende, nulo, facultando a los particulares afectados a impugnarlos judicialmente o a reclamar una indemnización²²⁹.

En conclusión, entendemos que la “predeterminación” del procedimiento administrativo que genera un concierto administrativo no afectaría su validez en la

²²⁸ *Idem*, 322.

²²⁹ *Idem*, 200-213. Se critica que la jurisprudencia no haya adoptado la motivación comparativa como método de control de la discrecionalidad administrativa al evaluar los apartamientos de los conciertos, evaluándose únicamente el acto impugnado que se aparta del concierto en su legalidad intrínseca sin relacionarlo con el concierto.

medida en que se respeten las condiciones mencionadas para cada tipo de concierto administrativo.

7. *Conclusiones sobre los límites*

De lo dicho hasta aquí se desprende que los conciertos administrativos podrían ser objeto de múltiples críticas dirigidas a cuestionar su validez, sea porque podrían resultar violatorios de distintos principios básicos del derecho administrativo o porque podrían ser utilizados en forma abusiva por la Administración. Por otra parte, también se ha visto que dichos planteos podrían ser respondidos razonablemente.

Por ello, consideramos que la sola posibilidad de que los conciertos administrativos puedan ser inválidos en ciertos casos no constituye un fundamento suficiente para desconocer genéricamente su legitimidad. El acto administrativo, el contrato administrativo y muchas otras instituciones del derecho administrativo también podrían ser utilizados con fines ilegítimos o abusivos y, sin embargo, nadie duda genéricamente de su legitimidad.

Como posible solución, y reconociendo que en la práctica se han vuelto una técnica de uso normal por parte de la Administración, compartimos el criterio de GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto considera necesario regular el “margen negocial” que la Administración ejerce al celebrar conciertos administrativos, a fin de no romper con la objetividad e igualdad que la aplicación de la ley asegura mediante el acto administrativo²³⁰. Y cuando dicha regulación falte, debería recurrirse a los principios de derecho administrativo como límites o condiciones de validez de ellos²³¹. Estas soluciones permitirían, por un lado, dar mayor legitimidad al uso que la Administración haga de ellos como una técnica de administración normal y, en consecuencia, otorgar mayor seguridad jurídica a los particulares, posibilitando su posterior revisión en cada caso concreto sobre bases y principios jurídicos ciertos.

F. El problema del régimen jurídico aplicable a los conciertos administrativos

La necesidad de determinar el régimen jurídico aplicable a los conciertos administrativos es relevante tanto en aquellos países en los que no existe un régimen jurídico específico aplicable a los conciertos administrativos, como en aquellos países en los que dicho régimen sí existe cuando no fuera adecuado para regular todas las situaciones que pudieran verificarse, o para despejar las dudas o lagunas normativas.

²³⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, 684.

²³¹ Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 275-277.

Como ya se vio (§ III.C), los conciertos administrativos se rigen en Alemania e Italia por las disposiciones de la LPAA y la LPAI y, analógicamente o en lo que resulten compatibles, por las del Código Civil. En España, si se toma el art. 86 de la LPAE como norma genérica sobre conciertos administrativos, podría decirse que se rigen por dicha disposición, por las normas específicas que regulen su objeto, por la Ley de Contratos del Sector Público para resolver las dudas que pudieran presentarse, y, supletoriamente, por el Código Civil.

Por su parte, HUERGO LORA postula que para determinar el régimen aplicable debe definirse previamente si los conciertos administrativos son contratos de derecho administrativo o de derecho privado. Al respecto, señala que la doctrina, jurisprudencia y ley española los consideró contratos administrativos, siéndoles aplicables, entonces, su régimen en materia de ejecución y extinción²³², lo que incluye la posibilidad de ejercer la autotutela, *ius variandi* y revocar el acto por razones de interés público, estando sujetos, asimismo, a la jurisdicción de los tribunales en lo contencioso-administrativo. Para ello, da tres argumentos.

En primer lugar, sostiene que si bien ambas figuras (el concierto administrativo y el contrato administrativo) son distintas porque tienen distinta función, ambas presentan el mismo fundamento que justifica la aplicación a los contratos administrativos de un régimen jurídico peculiar: su vinculación con el giro habitual de la actividad administrativa. Esto justificaría, en los contratos administrativos, que la Administración ocupe una posición similar a la que tiene cuando actúa mediante actos administrativos, para evitar que su actuación se vea dificultada por la necesidad de respetar estrictamente el vínculo contractual. Por ello, como los conciertos administrativos también estarían vinculados al giro habitual de la actividad administrativa, también les sería aplicable el régimen peculiar de los contratos administrativos. En segundo lugar, considera que la transposición de las regulaciones especiales de otros países (como las de Alemania e Italia) para resolver las dudas que pudieran presentarse en España generaría más problemas que su calificación como contratos administrativos y la consecuente aplicación del régimen aplicable a los contratos administrativos con las adaptaciones que pudieran corresponder. Y, en tercer lugar, porque el incumplimiento de la Administración de un concierto administrativo cuando es “preparatorio” se producirá cuando la Administración dicte dicho acto con un contenido distinto, el que deberá ser impugnado ante la Administración y, luego, ante el

²³² Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 360-377. Dado que la faz de preparación (autorización presupuestaria del contrato, procedimiento de selección del contratante, adjudicación, etc.) evidentemente no tendría sentido.

fueron contencioso administrativo, lo que sólo sería explicable si el concierto administrativo fuera, también, un contrato administrativo.

Entendemos que esta postura podría ser discutida. Aplicar a los conciertos administrativos el régimen de los contratos administrativos de acuerdo a la teoría del contrato administrativo francés implicaría extender el ámbito de aplicación de tal teoría más allá del ámbito de aplicación propio en su país de origen, dado que en Francia los conciertos administrativos no solo serían distintos de los contratos administrativos, sino que estarían prohibidos²³³. Además, el único país que establece la aplicación del régimen del contrato administrativo a los conciertos administrativos (España) lo hace a través de una ley con una disposición expresa que establece dicha aplicación, y sólo para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse²³⁴.

Asimismo, hay que tener en cuenta que se trata de dos tipos de acuerdos con distinta finalidad y objeto. Si se entiende que la finalidad de los conciertos administrativos es preparar o sustituir el ejercicio unilateral de una potestad que la Administración realizaría a través de un acto administrativo, aplicar el régimen de los actos administrativos sería más congruente que aplicar el de los contratos administrativos, dirigidos a los casos en los que el Estado recurre a los particulares como empresario para proveerse de bienes y servicios.

De esta manera, cuando la Administración debe decidir qué técnica de administración utilizará (acto administrativo o concierto), el régimen jurídico a aplicar debería ser el correspondiente a la potestad que se ejerce, sin perjuicio de que haya algunas diferencias por el carácter bilateral del concierto. La propuesta de aplicar el régimen del contrato administrativo a los conciertos administrativos podría producir una disociación en el régimen aplicable a la Administración cuando actúa mediante actos

²³³ *Idem*, 265. En la nota 39 se cita doctrina y dos decisiones del Consejo del Estado que anuló conciertos al entender que la Administración habría violado el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas. En el *arret Les Amis de la terre* del 8 de marzo de 1965, el Consejo de Estado anuló resoluciones ministeriales que decidieron celebrar convenios ambientales para la reducción progresiva de los vertidos contaminantes en ciertas fábricas porque la ley habilitaba a los órganos de la Administración ordenar tales medidas en forma unilateral. El Consejo de Estado concluyó que los convenios, al incluir una cláusula que convertía en subsidiaria la aplicación de la legislación, carecía de todo valor jurídico y viciaba de ilegalidad los actos por los que se decidió suscribir tales convenios. La doctrina citada concluye que el Consejo de Estado habría aplicado el principio por el cual la autoridad tenía prohibido el uso de una técnica de tipo contractual cuando ejercía sus poderes de policía. En el *arret Syndicat national de l'enseignement technique agricole public* del 20 de enero de 1978, el Consejo de Estado anuló el acto de adhesión a un convenio con una asociación de centro de formación profesional agrícola que regulaban ciertas subvenciones, dado que existía legislación que las regulaba como actos administrativos y porque los centros estaban en una situación que, como estaba fijada en leyes y reglamentos, no podía constituir objeto de acuerdos contractuales.

²³⁴ Cfr. Ley N° 9/2017, del 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, art. 4.

administrativos y cuando lo hace mediante conciertos, que estarían sujetos, además, al régimen de los contratos administrativos.

Esto provocaría que al administrar mediante conciertos administrativos la Administración tuviera ciertas potestades que no habría tenido si hubiera actuado mediante actos administrativos (por ej. el *ius variandi*), y llevaría a que los beneficios que se pretenden alcanzar mediante la administración a través de conciertos administrativos (principalmente, evitar la medida más gravosa que resultaría del ejercicio de la potestad a través de actos administrativos) quedaran sin fundamento. Ello, pues la Administración contaría con más potestades cuando concierta que cuando actúa en forma unilateral; y el particular, posiblemente, en peor situación ante la posible aplicación del régimen del contrato administrativo que no habría sido tenido en cuenta al celebrarlo.

Tampoco compartimos la posición de HUERGO LORA. En primer lugar, podría criticarse que su posición se limita a considerar que los conciertos administrativos deberían regularse, dentro del derecho público, por el régimen de los contratos administrativos. No plantea la posibilidad de que queden sujetos (i) en forma general, a los principios generales de derecho administrativo (principio de legalidad, principio de razonabilidad y principio de igualdad, entre otros) y al régimen jurídico aplicable a los actos administrativos de la Administración (normalmente comprendido en las leyes de procedimiento administrativo) con las modulaciones que resulten aplicables por su carácter bilateral; (ii) en forma particular, por las normas especiales que otorgaron a la Administración las potestades en virtud de las pudo dictar el acto administrativo o celebrar el concierto administrativo (normalmente diseminadas en múltiples leyes que otorgan las potestades para expropiar, fijar precios, fijar condiciones de urbanización, etc.); y, (iii) las cuestiones no reguladas, por la aplicación analógica del Código Civil.

En segundo lugar, también podrían criticarse los tres argumentos dados por HUERGO LORA: el primer argumento, porque la vinculación con el giro habitual de la actividad administrativa también está presente en la actividad unilateral de la Administración, y no sólo en la contractual; el segundo argumento, porque las ventajas de evitar tener que recurrir a regímenes extranjeros también se lograría mediante la aplicación del régimen del acto administrativo en lugar del régimen del contrato administrativo; y, el tercer argumento, porque la jurisdicción contencioso administrativa no deriva de que los conciertos administrativos sean contratos administrativos, sino de la naturaleza de la función ejercida (función administrativa), también presente en los actos administrativos.

Finalmente, otro argumento en contra de la aplicación del régimen de los contratos administrativos y a favor de la aplicación del régimen del acto administrativo sería que esta postura también generaría mayor seguridad jurídica para el particular, dado que limitaría las potestades que la Administración tendría en virtud del primer régimen citado (que incluye, entre otras, el *ius variandi*, la prórroga del contrato, la facultad sancionatoria), dejando sólo aquellas que sí tiene cuando dicta actos administrativos (por ej., revocación por razones de interés público contenida en las leyes de procedimiento administrativo, o potestad sancionatoria si el régimen particular que otorgó las potestades la reconoce). De esta manera, el particular que celebra un concierto administrativo con la Administración, incluso ante la falta de un régimen especial aplicable al concierto, sabe que debe comparar lo que el Estado podía hacer unilateralmente (dictando actos administrativos regulados por la ley de procedimiento administrativo, en ejercicio de potestades atribuidas por las normas que lo autorizan a ello), y no será perjudicado por la aplicación sorpresiva del régimen de contrato administrativo²³⁵.

Por ello, entendemos que a falta de un régimen que regule los conciertos administrativos, el régimen aplicable debería ser el siguiente: la ley que regule genéricamente la emisión de actos administrativos en los que se ejerzan potestades administrativas (como la LPAA, la LPAI y LPAE); las normas especiales que otorgan las potestades administrativas que la Administración ejerce en el concierto administrativo respectivo; y, para aquellas cuestiones no reguladas, el Código Civil en forma analógica.

G. Ventajas y desventajas de los conciertos administrativos

Del análisis hecho hasta el momento podría decirse que los conciertos administrativos, como institución jurídica y técnica de administración, presentan importantes ventajas y desventajas.

Las ventajas serían las siguientes: (i) brindan a la Administración de nuevas herramientas para cumplir sus funciones; (ii) generan mayor eficiencia y economía procedimental, y reducen la litigiosidad; (iii) propenden a una mayor participación ciudadana; y (iv) producen mayor seguridad en materia de inversiones.

En primer lugar, los conciertos administrativos brindan a la Administración nuevas herramientas para cumplir con sus funciones al permitirle dejar de lado la toma de decisiones a través de actos administrativos unilaterales y discutir con el particular el

²³⁵ Para ver los peligros que encierra esta aplicación, cfr. MAIRAL, Héctor, “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *El Derecho* 179-655, 1998.

contenido de dicho acto. Asimismo, su procedencia también se justifica en que permiten a la Administración requerir al particular una prestación que sería imposible mediante un acto administrativo por ausencia de base legal suficiente²³⁶.

En segundo lugar, los conciertos administrativos también generan mayor eficiencia y economía procedimental y reduce la litigiosidad. Esto se justifica que la Administración se encontraría obligada a agotar la posibilidad de alcanzar una solución negociada antes que dictar una decisión unilateral por el principio buena fe²³⁷ y por el principio de razonabilidad (y, en particular, por el análisis de adecuación²³⁸); y porque el particular, al haber participado de la discusión y determinación del contenido del concierto administrativo lo habría consentido y estaría en una posición muy distinta a la de quién se le imponen ciertas obligaciones unilateralmente, reduciendo la posibilidad de que luego lo impugne.

En tal sentido, los conciertos administrativos permiten el desarrollo de la “Administración concertada”, una política liberalizadora por la cual la Administración renunciaría a utilizar en forma imperativa y unilateral sus poderes y preferiría convenir con los particulares la aplicación concreta de los mismos, ganando una colaboración activa que sería más beneficiosa que la pasiva y resignada sumisión. Así, la Administración podría optar por dejar de lado “la técnica de mandar y sancionar a través de decisiones unilaterales y ejecutorias, que si bien puede resultar efectiva cuando se pretende asegurar el orden y el respeto de la ley, es insuficiente para conseguir los objetivos económicos, e incluso si lo lograra, es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración”²³⁹ y preferir el “disfraz liberal”²⁴⁰ del acuerdo de voluntades. Se repliega, de esta manera, el uso de instrumentos de dirección “directa” a favor de mecanismos “blandos” de incidencia “indirecta”, dado que la actuación informal y coordinada de la Administración resulta más idónea para los fines estatales, preservando al mismo tiempo la iniciativa de los particulares y las reglas propias del mercado que constituyen el medio en que éstos se desenvuelven²⁴¹.

²³⁶ Cfr. PAREJO ALFONSO, “La terminación...”, 701.

²³⁷ HUERGO LORA, *Los contratos...*, 90-91.

²³⁸ Cfr. CASTRO VIDELA – MAQUEDA FOURCADE, *Tratado...*, 354. Allí se explica que el “análisis de adecuación” determina si los medios empleados son los más eficientes para el logro de la finalidad perseguida, teniendo en cuenta los demás medios alternativos igualmente eficaces. Ello con fundamento en que la alternativa a elegir debe ser la que resulte más económica, logre la finalidad en el menor tiempo posible, conlleve los menores costos y esfuerzos para la comunidad, y regule la menor cantidad de supuestos de hecho y sujetos alcanzados.

²³⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, 681-682.

²⁴⁰ Cfr. PARADA, 248.

²⁴¹ Cfr. PAREJO ALFONSO, “La terminación...”, 704.

En tercer lugar, los conciertos administrativos generan una mayor participación ciudadana. En este sentido, el concierto administrativo da relevancia al acuerdo de voluntades como generador de reglas jurídico-administrativas, haciendo al particular parte activa de la definición y realización del interés general, lo que, según cierta doctrina, puede llevar a modificar los elementos basales del derecho administrativo y a un cambio en su construcción dogmática²⁴². Se justificaría, entonces, en el Estado de Derecho “democrático”, que obligaría a todos los poderes constituidos a facilitar la participación de los ciudadanos en la vida pública, económica y social²⁴³. Y esto es importante porque se establecería, además, un fundamento constitucional (principio de participación de los ciudadanos en las funciones públicas) que permitiría defender la validez de los conciertos administrativos incluso ante la falta de una norma expresa que los ampare²⁴⁴.

Y, en cuarto lugar, otra ventaja importante es la seguridad que brindan en materia de inversiones²⁴⁵: para los particulares, cuando estas son importantes y están sujetas a permisos y autorizaciones administrativas, a fin de reducir los riesgos que tales permisos y autorizaciones pueden generar²⁴⁶; y también para la Administración, interesada en el desarrollo de estos proyectos por el desarrollo, inversión y aumento de mano de obra e impuestos que generan, además de la posibilidad de imponer al particular ciertas prestaciones que no podría imponer en forma unilateral. (por ej. en el concierto administrativo de intercambio).

En sentido contrario, los conciertos administrativos presentarían las siguientes desventajas: (i) pueden ser ilegítimos por afectar distintos principios básicos del derecho administrativo; (ii) la existencia del consentimiento de los particulares puede ser cuestionada; (iii) aumentan la discrecionalidad de la Administración y la posibilidad de desviación del poder; y (iv) su eficacia en los conciertos preparatorios nunca puede ser asegurada.

²⁴² *Idem*, 698.

²⁴³ *Idem*, 710. Así, se dice que si la participación de los ciudadanos está prevista en el ejercicio de la jurisdicción penal (donde reina el principio de tipicidad e interpretación y aplicación estrictas del derecho), no sería cuestionable su aplicación en la función administrativa bajo el sistema de los conciertos administrativos.

²⁴⁴ Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 90.

²⁴⁵ Cfr. HUERGO LORA, *Los contratos...*, 98-103.

²⁴⁶ Ello, pues cualquier inseguridad sobre la viabilidad final de un proyecto supone un riesgo cuyo costo económico es evaluable, reduciendo la rentabilidad de la inversión y, eventualmente, disuadiendo a los interesados de su ejecución cuando no puedan ser neutralizados pagando su precio por no “cotizar en el mercado” (como ocurre con la incertidumbre sobre la posibilidad de obtener todas las decisiones administrativas requeridas).

En primer lugar, la validez de los conciertos administrativos puede ser cuestionada por violar, bajo ciertas condiciones, distintos principios del derecho administrativo (prohibición de disposición o renuncia de potestades administrativas; principio de legalidad; principio de razonabilidad; principio de igualdad; etc.).

En segundo lugar, también se podría criticar su concepción como acuerdo de voluntades, ya que resultaría discutible que la voluntad del particular al celebrar el concierto administrativo sea válida por no haber actuado con una libertad plena sino restringida o bajo una cierta amenaza (del ejercicio de la potestad en forma unilateral).

En tercer lugar, también se podría derivar una posible falta de transparencia y control, y un aumento de la discrecionalidad administrativa y de la posibilidad de desviación del poder. Esto podría ser especialmente grave en los casos en los que el particular se obliga en el concierto de intercambio a realizar ciertas prestaciones a favor de la Administración.

Y, en cuarto lugar, e incluso dejando de lado todo lo dicho, todavía quedaría el problema de asegurar su eficacia. Ello ante la posibilidad de que, en los conciertos preparatorios, la Administración pudiera dictar un acto distinto al acordado y, además, por las bajas posibilidades de que el particular pueda reclamar que se dicte el acto acordado o una indemnización plena si se invocaran razones de “interés público”.

CAPÍTULO V

LOS CONCIERTOS ADMINISTRATIVOS EN ARGENTINA: LA CALIFICACIÓN DEL CONVENIO PPC COMO CONCIERTO ADMINISTRATIVO

A. Planteamiento General

En este capítulo se plantea la relevancia jurídica de determinar si los conciertos administrativos existen en Argentina y si el Convenio PPC es uno de ellos (§ V.B); se analizan distintos casos en los que ciertos actos bilaterales celebrados por la Administración fueron considerados conciertos administrativos (§ V.C); y se analiza si el Convenio PPC es un concierto administrativo, y las posibles consecuencias que ello implicaría (§ V.D).

B. Relevancia jurídica de definir si los conciertos administrativos existen en Argentina y si el Convenio PPC es un ejemplo de ellos

Determinar si la figura del concierto administrativo existe en Argentina y, en particular, si el Convenio PPC es un ejemplo de ellos, es importante dado que, si la respuesta es positiva, plantearía la necesidad de determinar cuál sería el régimen jurídico que les resultaría aplicable (es decir régimen propio o, a falta de éste o supletoriamente para las cuestiones no reguladas, régimen de derecho público –por ej. LNPA, RCAN, u otros– o de derecho privado –por ej. Código Civil y Comercial–).

C. Los conciertos administrativos en Argentina

En Argentina, la figura del concierto administrativo no ha alcanzado el mismo nivel de desarrollo que en países como Alemania, Italia o España. Sí existen ciertas menciones excepcionales a ellos en la doctrina, que se refiere a los conciertos administrativos en forma incidental al tratar los contratos administrativos²⁴⁷, o bien al tratar cierto tipo de actos bilaterales celebrados entre la Administración y los particulares²⁴⁸. Así, la relativa claridad y uniformidad en el tratamiento dado a los conciertos administrativos en el derecho comparado no aparece en Argentina.

Dada la extensión del presente trabajo, nos limitaremos a mencionar cuál fue el análisis hecho en Argentina por la doctrina de ciertos actos bilaterales relacionados a la

²⁴⁷ Cfr. MAIRAL, “De la peligrosidad...”; y CASSAGNE, *El contrato...*, 33

²⁴⁸ Cfr. MOSCARIELLO, Agustín Roberto, “Convenios urbanísticos. Lineamientos generales y su aplicación al caso de la ciudadanía de Rosario”, *LL Litoral 2010 (octubre)*, 933 (cita online AR/DOC/5567/2010); y YOLIS, Lisandro, “La naturaleza jurídica del Programa Precios Cuidados”, *Revista El Derecho*, N° 13.754, 26/06/2015.

promoción industrial, el urbanismo y los controles de precios, a los que se calificó como conciertos administrativos. Ello, sin perjuicio de que muchos otros acuerdos que la Administración celebran en su práctica cotidiana también podrían ser calificados como conciertos administrativos (por ej. el avenimiento en materia expropiatoria). El objetivo es brindar unos comentarios preliminares sobre el tratamiento dado en Argentina a estos actos, y sobre su calificación jurídica y régimen aplicable.

1. *Conciertos de promoción industrial*

Los conciertos de promoción industrial son los acuerdos que la Administración celebra en el marco de la actividad de fomento, como los acuerdos que se suscribían bajo el régimen de la Ley N° 20.560²⁴⁹. Al respecto, tanto MAIRAL como CASSAGNE consideran que este tipo de acuerdos encuadran en lo que los españoles llaman conciertos administrativos, si bien parece que lo hacen en forma distinta.

CASSAGNE los define como contratos cuyo objeto es la regulación, por vía bilateral, de actos y potestades administrativas que, aun cuando la Administración podría imponer a los particulares en forma unilateral, considera conveniente para ambas partes establecerlas en un marco contractual por razones de economía procedimental o eficiencia administrativa y privada. Señala que también pueden utilizarse para establecer obligaciones a cargo del contratista que en caso contrario estarían a cargo de la Administración (como la construcción de un puente en un proyecto de urbanización), o para el otorgamiento de ventajas fiscales o promocionales (como sería el caso precisamente de los contratos de promoción industrial de la Ley N° 20.560). Destaca que si bien los conciertos administrativos no tuvieron un tratamiento doctrinario o jurisprudencial distinto al del “contrato administrativo clásico”, los principales problemas que plantean se vinculan con “la protección de los terceros interesados en obtener un contrato similar (principio de igualdad) y en la participación de los ciudadanos eventualmente afectados”. Finalmente, considera que si fueran incorporados “al plano jurídico real de nuestro derecho, ello no le permitiría a la Administración liberarse de ninguno de los límites a los que está sometida cuando actúa unilateralmente, aplicándoseles, en forma supletoria, los principios que regulan los contratos administrativos”²⁵⁰.

Por su parte, al precisar los alcances de su crítica a la “teoría general del contrato administrativo”, MAIRAL se refiere a los conciertos administrativos

²⁴⁹ Ley N° 20.560, “Nuevo régimen de promoción industrial para nuevas actividades y expansión, perfeccionamiento y modernización de las existentes” (B.O. 10-XII-1973).

²⁵⁰ Cfr. CASSAGNE, *El contrato...*, 33.

precisamente para excluirlos de dicha crítica. Ello, pues se trataría de “ciertos acuerdos que celebra el Estado para fijar el alcance de derechos u obligaciones que emanan de relaciones extracontractuales de sumisión, propias del derecho público”, en los cuales la Administración “recurre al acuerdo con el particular en lugar de imponer unilateralmente su voluntad” y que, por ello, “pueden necesitar regirse por reglas diferentes a las aplicables a los contratos de derecho privado”, dado que en ellos el Estado “recurre al acuerdo con el particular en lugar de imponer unilateralmente su voluntad”, y también cita como ejemplo a los acuerdos celebrados bajo la Ley N° 20.560. Lo dicho se refrenda cuando MAIRAL señala que su crítica se dirige únicamente al “contrato que corresponde al tráfico jurídico patrimonial, es decir, que establece a cargo del cocontratante prestaciones que la parte estatal no le podría imponer unilateralmente, y que constituyen el equivalente económico de los derechos que el contrato confiere a dicho cocontratante”; y aclara que se excluyen “como integrantes del tráfico patrimonial, a los contratos de derecho público alemán”, y que sí se incluyen a los típicos contratos administrativos de la doctrina mayoritaria: concesión de servicio y obra pública, contrato de obra pública y contrato de suministro²⁵¹.

Del análisis de ambos autores se extrae como coincidencia que los acuerdos de promoción industrial serían conciertos administrativos, y que habría un vacío normativo sobre su regulación. Sin embargo, la posición de CASSAGNE es clara en cuanto considera aplicable supletoriamente los principios que regulan los contratos administrativos, mientras que la de MAIRAL no lo es.

Finalmente, cabe recordar que, de acuerdo a lo mencionado en § II.F.2.b.iii, los acuerdos de promoción industrial fueron definidos por la CSJN en “Metalmecánica” como actos “administrativos bilaterales” que, además, presentarían diferencias con los contratos administrativos. Mismo criterio siguió la Procuración del Tesoro de la Nación, que agregó que tales actos se orientan en lo que la moderna doctrina denomina “economía concertada”.

2. *Conciertos urbanísticos*

Según el estudio hecho por MOSCARIELLO²⁵², los conciertos urbanísticos serían los acuerdos de voluntades celebrados entre un sujeto que ejercita funciones públicas urbanísticas y un particular que, respecto a la finalidad de la institución, incide en el

²⁵¹ Cfr. MAIRAL, “De la peligrosidad...”.

²⁵² Cfr. MOSCARIELLO, “Convenios urbanísticos...”.

ejercicio de la actividad urbanística. Al analizar su naturaleza jurídica²⁵³, el autor citado concluye que se trataría de un “convenio o contrato de derecho público atípico” que estaría regulado genéricamente por el derecho administrativo.

Asimismo, reconoce que se refiere al concierto administrativo como “convenio o contrato” porque “en Argentina no se ha dado la distinción hecha en España entre contrato administrativo y concierto”. Por ello, partiendo de la definición y de los requisitos de la jurisprudencia de la CSJN sobre contrato administrativo²⁵⁴, que estarían presentes en los conciertos urbanísticos, parecería ser que toma un concepto amplio de contrato administrativo que abarcaría el contrato administrativo en el sentido francés y los conciertos administrativos. La consecuencia de esta postura, como él lo asume, es que la Administración contará con las prerrogativas exorbitantes que surgen de la teoría general del contrato administrativo (*ius variandi*, posibilidad de aplicar sanciones al contratista, declarar el incumplimiento de la otra parte y resolver el contrato, entre otras).

Entre otras cuestiones, en el artículo citado MOSCARIELLO también reflexiona sobre (i) la imposibilidad de la Administración de “disponer” o “tranzar” a través de los conciertos urbanísticos en contra del principio de legalidad como consecuencia del principio de vinculación positiva del Estado al ordenamiento jurídico; (ii) la preocupación de CASSAGNE sobre la necesidad de dar publicidad al concierto y resguardar el derecho de los terceros interesados; (iii) el reemplazo que el concierto urbanístico sustitutivo provoca del acto administrativo que finaliza el procedimiento administrativo, y la inserción del concierto urbanístico preparatorio en la motivación del acto que finaliza dicho procedimiento; (iv) las dificultades para respetar el principio de concurrencia en el procedimiento administrativo en el cual se tramita el convenio urbanístico (fundadas en el hecho de que lo que se pretende sólo puede ser brindado por un único contratista); (v) el reconocimiento de que funcionan como un ejemplo de la “Administración concertada” en la que el particular participa del ejercicio de las potestades urbanísticas de la Administración, y los beneficios que generan ante la insuficiencia de las “formas jurídicas tradicionales de la actividad urbanística” que se desarrolla a través de actos y planes; y (vi) los límites materiales y formales a los que estarían sujetos²⁵⁵.

²⁵³ Plantea tres posibilidades: (i) contrato de derecho público, (ii) acuerdo de voluntades sin llegar a configurar contratos y (iii) acto administrativo bilateral formados por elementos del acto administrativo y de los contratos.

²⁵⁴ Cita el voto de FAYT en *Dulcámara* (Fallos 313:376) y *Cinplast* (316:212).

²⁵⁵ Que incluyen (i) la imposibilidad de enajenar las potestades urbanísticas administrativas; (ii) el respeto del principio de legalidad; (iii) la razonabilidad; (iv) la irrenunciabilidad de la vía judicial del contratista;

3. *Conciertos sobre precios*

En un estudio sobre el PPC²⁵⁶ se analizó si su naturaleza jurídica correspondía a la de (i) una tarifa, (ii) una medida de control de precios o (iii) un contrato administrativo. Descartadas las posibilidades de considerarlo una tarifa²⁵⁷ y una medida de control de precios²⁵⁸, se concluyó que el PPC sería un contrato administrativo.

YOLIS, siguiendo la tesis de la “causa fin” como elemento diferenciador del contrato administrativo representado por el interés público que la Administración debe perseguir al contratar (y que en el PPC sería la regulación de precios de bienes de consumo o el control de la inflación), califica al PPC como contrato administrativo, lo que lleva a la aplicación del llamado “régimen exorbitante”. Finalmente, lo trata como un “contrato de colaboración” que, por sus características y falta de regulación específica, sería asimismo “atípico e innominado”.

Si bien resalta la ausencia de una contraprestación a cargo de la Administración como obstáculo a la consideración del PPC como contrato administrativo, señala que en la “doctrina sobre contratos administrativos” se encontrarían los conciertos administrativos, cuyo objeto sería el ejercicio de una potestad administrativa. Así, luego de remarcar sus características a la luz de la doctrina española, concluye que si bien el PPC no sería un “control de precios” porque los precios no se fijan coactivamente (es decir, unilateralmente sino en forma bilateral con la adhesión de las empresas de supermercados), el PPC sí sería un concierto administrativo en el que las potestades ejercidas serían las otorgadas por la LA para fijar unilateralmente precios máximos.

Finalmente, plantea la posibilidad de que el Convenio PPC pudiera afectar los derechos de terceros y el principio de igualdad. Concluye que los derechos de los consumidores no se afectan porque los precios acordados serían menores a los de mercado, estableciéndose en su beneficio; y que el principio de igualdad tampoco porque no existiría normativamente una limitación que impida a las empresas adherir al PPC.

(v) el cumplimiento de las normas sobre el planeamiento general urbano; y (vi) los principios de eficiencia y buena administración.

²⁵⁶ Cfr. YOLIS, Lisandro, “La naturaleza jurídica...”.

²⁵⁷ Los argumentos fueron la falta de (i) calificación previa como servicio público (*publicatio*) de la actividad, (ii) un marco regulatorio, (iii) monopolio natural o legal en el mercado de los productos incluidos y (iv) un ente regulador independiente.

²⁵⁸ El argumento fue la falta de fijación coactiva del precio, dado que las empresas deben adherir al PPC e forma voluntaria y el precio es, en principio, acordado por las partes.

5. *Conclusiones sobre la existencia de los conciertos administrativos en Argentina*

De acuerdo al análisis hecho de los tres acuerdos analizados, se observa que todos fueron considerados expresamente como conciertos administrativos. Ello es importante porque demuestra que los conciertos administrativos ya están presentes en la práctica administrativa Argentina, y que existe un conocimiento preliminar de la figura y esfuerzos doctrinarios destinados a estudiarlos.

En particular, se observa un interés en resolver cuál sería el régimen jurídico aplicable a los conciertos administrativos. Al respecto, la mayoría de la doctrina entiende que constituyen un tipo de “contrato administrativo” y, por ello, que les resultaría aplicable el régimen exorbitante (en este sentido, CASSAGNE para el concierto de promoción industrial, MOSCARIELLO para el concierto urbanístico y YOLIS para el concierto de precios). Todo ello demuestra una fuerte influencia del derecho y doctrina española, único país que refiere a la aplicación del régimen del contrato administrativo a los conciertos administrativos. Una excepción sería la postura de MAIRAL, para quien los conciertos de promoción industrial se regirían por reglas distintas a las de derecho privado, lo que podría entenderse como una remisión a reglas del derecho público, si bien no especifica a cuales.

Desde un sentido práctico, no puede negarse que los conciertos administrativos efectivamente existen y que la Administración los utiliza cotidianamente para cumplir sus funciones, por lo que forman parte de la práctica administrativa. Es de esperarse que con el paso del tiempo esta institución alcance un mayor desarrollo y, eventualmente, sea reconocida a nivel normativo. Sin embargo, entendemos que la falta de regulación normativa expresa (general o específica) de los conciertos administrativos no impide que la Administración y los particulares recurran a ellos.

Como anticipamos en § IV.F, para llenar ese vacío normativo entendemos que debería seguirse un sistema que combine el sistema seguido en Alemania e Italia y el seguido en España. Así, creemos que el concierto administrativo en Argentina debería regirse por la LNPA (porque establece el régimen general aplicable a los actos administrativos en los que se ejercen potestades administrativas), con las modulaciones que resulten necesarias por la participación del particular; las normas especiales que otorgan las potestades administrativas que la Administración ejerce en el concierto administrativo respectivo; y, para aquellas cuestiones no reguladas, el Código Civil y Comercial en forma analógica. El RCAN no debería aplicarse ante la falta de una norma expresa que remita a dicho cuerpo normativo (como sí existe en España).

D. El Convenio PPC como un concierto administrativo

Verificada la existencia de los conciertos administrativos en Argentina, a continuación se analiza si el Convenio PPC puede considerarse un caso de ellos.

1. Requisitos para considerar al Convenio PPC como un concierto administrativo

Del análisis hecho en § IV se extrae que los requisitos esenciales del concierto administrativo son (i) un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular; y (ii) que el objeto de dicho acuerdo sea el ejercicio de una potestad administrativa.

Por las razones dadas en § II.F.2.a, entendemos que el Convenio PPC que firma la SC con las empresas de supermercados constituye un verdadero acuerdo de voluntades. Y, por las razones dadas en § II.F.1, entendemos que el objeto del Convenio PPC son las potestades que la LA otorga a la SC para dictar medidas de control de precios y de la producción, y tipificar infracciones. Por ello, al reunir ambos requisitos, consideramos que el Convenio PPC es un concierto administrativo.

2. Clasificación del Convenio PPC

Teniendo en cuenta las clasificaciones mencionadas en § IV.D, entendemos que el Convenio PPC sería (i) un concierto administrativo sobre potestades discrecionales, de acuerdo a la clasificación que toma en cuenta su objeto (pues el Convenio PPC trata sobre las potestades discrecionales que la LA otorga a la SC en materia de controles de precios y de producción, y para tipificar infracciones); y (ii) un concierto sustitutivo, de acuerdo a la clasificación que toma en cuenta su efecto sobre el procedimiento en el que se celebra (pues el Convenio PPC define los derechos y obligaciones de cada parte que lo firma y sustituye el ejercicio unilateral que la SC podría hacer de las potestades que la LA le otorga, no existiendo obligación de dictar un acto administrativo posterior y terminando el procedimiento correspondiente).

3. Límites al Convenio PPC

Sobre la base de lo dicho en § IV.E, a continuación se analiza si el Convenio PPC respeta los límites que allí se citan para ser considerado válido.

a. Irrenunciabilidad e indisponibilidad de las potestades administrativas

Con fundamento en lo dicho en § IV.E.1, entendemos que el Convenio PPC no implica un acto de renuncia o disposición de la SC sobre el ejercicio de las potestades

concedidas por la LA para establecer controles de precios y de la producción, y tipificar infracciones.

Por un lado, el Convenio PPC se firma sobre la base del modelo aprobado por las Normas PPC, dictadas en forma unilateral por la SC. Por el otro, la existencia del Convenio PPC permite afirmar que la SC no renunció a ejercer las potestades de la LA, sino que las ejerció en forma bilateral, lo que se tradujo en la negociación y firma de un Convenio PPC con cada empresa de supermercados en forma particular, y su negociación y renovación periódica. Finalmente, el Convenio PPC tiene un período de vigencia temporal (sin perjuicio de que la SC pueda terminarlo unilateralmente cuando entienda que ya no es adecuado para el interés público mediante su revocación).

Todo ello permite entender que la SC no dispuso de las potestades atribuidas por la LA, sino que realizó un “acto de administración de dicha potestad” en los términos de HUERGO LORA (ya que la SC las habría vinculado para casos concretos), o que realizó un “acto de disposición” en los términos de SANTI ROMANO (dado que la SC se habría comprometido a ejercitarla “en determinados modos”, “dentro de determinados límites” y “en orden a determinadas personas a favor de las cuales quedaría comprometida”).

b. Principio de legalidad

Entendemos que la falta de una regulación genérica expresa en Argentina sobre ciertos administrativos (como sí existe en Alemania, Italia o España) no constituye un obstáculo para reconocerlos o para dudar de su legitimidad. Ello con fundamento en lo dicho en § IV.E.2.a, donde sostuvimos que bastaría con que exista una “habilitación normativa básica” que otorgue a la Administración una potestad administrativa para que ésta pueda celebrar ciertos administrativos en ejercicio de ella.

En el Convenio PPC, dicha “habilitación normativa básica” se cumpliría con la sola existencia de la LA (que atribuye la potestad para realizar controles de precios y de producción y para tipificar infracciones en forma unilateral²⁵⁹) que, sumada a la capacidad genérica de la SC para contratar, permitiría a la SC celebrar el Convenio PPC con las empresas de supermercados. En este sentido, las Normas PPC constituirían una etapa intermedia entre la norma que otorgó la potestad (la LA) y su efectiva eficacia (a través de la firma de los Convenios PPC).

Finalmente, y según lo dicho en § IV.E.2.b la “extensión del contenido del concierto” estaría limitada, en principio, por lo que la Administración habría podido

²⁵⁹ Dada la extensión de este trabajo, no se analiza si al dictar las Normas PPC se cumplieron con los requisitos necesarios para que el ejercicio de las competencias que la LA otorga a la SC sea válido.

hacer unilateralmente. Así las cosas, los límites estarían dados por la LA que, como ya dijimos, otorga una competencia genérica para realizar controles de precios y de producción y tipificar infracciones. En cuanto a la posibilidad de pactar más allá de la habilitación normativa, no observamos que los particulares hayan asumido bajo el Convenio PPC obligaciones que la Administración no habría podido imponer en forma unilateral.

c. Principio de igualdad y no afectación de derechos de terceros

Entendemos que el Convenio PPC no afecta el principio de igualdad. Del análisis de los distintos modelos de Convenios PPC aprobados por las Normas PPC, parecería ser que el principio de igualdad no se viola con relación a las empresas de supermercados que podrían estar interesadas en participar en el PPC, pues incluyen modelos de Convenio PPC a firmar con los distintos tipos de comercios (empresas de supermercados minoristas y mayoristas y autoservicios de cercanía)²⁶⁰. Por otra parte, si existiera un tipo de comercio que se considerara excluido, la SC estaría obligada, por el principio de igualdad, a intentar alcanzar un acuerdo que lo incluya.

Por otra parte, consideramos que el Convenio PPC tampoco afecta los derechos de terceros y, en particular, de los consumidores. Lo dicho se justifica, por un lado, en que el Convenio PPC no repercute directamente sobre los consumidores, que no son “cautivos” y que siempre podrán optar entre comprar en un comercio que no esté adherido al PPC o en uno que sí lo esté y, en este caso, por comprar productos que estén incluidos en el Convenio PPC o excluidos de él. Y, por el otro lado, porque si se entendiera que los consumidores sí resultan afectados directamente por el Convenio PPC, dicha afectación sería positiva, pues los precios de los productos incluidos serán menores a los precios a los que se comercializarían sino estuvieran incluidos en él, y porque las empresas de supermercados están obligadas a tenerlos en stock y a mantener dichos precios durante todo el período de vigencia del Convenio PPC.

d. Materias excluidas de los conciertos administrativos

Teniendo en cuenta lo dicho en § IV.E.4, partimos del principio por el cual la Administración puede celebrar conciertos administrativos sobre cualquier materia, salvo que exista una norma que expresamente los prohíba, que se trate de actos normativos, que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción o de actos de juicio. Como la fijación de las condiciones establecidas en el Convenio PPC no encuadra en ninguno de los supuestos mencionados, debe entenderse que caen dentro del principio general que

²⁶⁰ Resolución N° 51/2019, arts. 1, 3 y 4.

permite concertar sobre tal materia. Por ello, entendemos que el Convenio PPC no viola el límite de la materia excluida de los conciertos administrativos.

e. Competencia para celebrar el concierto administrativo

Como se señaló en § IV.E.5, será competente para celebrar el concierto administrativo el órgano que habría sido competente para dictar el acto sustituido o afectado por el concierto. Asumiendo que el PPC es una medida dictada bajo la LA, y que la autoridad de aplicación de la LA es la SC²⁶¹, se concluye que la autoridad competente para celebrar los conciertos administrativos es la SC. En este sentido, la SC ejerció tales competencias al dictar las Normas PPC y al firmar los Convenios PPC con las empresas de supermercados. Por ello, entendemos que el Convenio PPC no viola el límite de la competencia para celebrar los conciertos administrativos.

f. Predeterminación del resultado del procedimiento

Según lo indicado en § IV.E.6, creemos que este límite no estaría en peligro en el PPC. El régimen del PPC se implementó mediante un procedimiento administrativo en cuyo marco la SC dictó en forma unilateral las Normas PPC, que aprobaron los modelos de Convenio PPC. Por ello, al firmar el Convenio PPC con las empresas de supermercados, la SC ya había tramitado un procedimiento administrativo para evaluar si el Convenio PPC era la solución más adecuada al interés público, y lo había resuelto positivamente. En conclusión, consideramos que no existiría riesgo de que la SC entendiera que, luego de la firma del Convenio PPC, dicho convenio no era la solución más adecuada al interés público.

4. El régimen jurídico aplicable a los conciertos administrativos

Teniendo en cuenta lo dicho en § V.C.5, y que el PPC está regulado expresamente en las Normas PPC, el régimen jurídico a aplicar al Convenio PPC estaría compuesto por: (i) la LNPA (norma general aplicable a los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades) con las modulaciones que resulten necesarias por la participación del particular; (ii) la LA y las Normas PPC (norma especial que otorga las potestades que la Administración ejerce en el Convenio PPC, y norma que, en ejercicio de dicha potestad, aprueba el modelo de Convenio PPC, respectivamente); y (iii) el Código Civil y Comercial, en forma analógica, para aquellas cuestiones no reguladas o que generen dudas. El RCAN no sería aplicable al Convenio PPC.

²⁶¹ Decreto N° 203/2015, art. 1 (B.O. 12-II-2015).

CONCLUSIONES

La determinación de la naturaleza jurídica de los acuerdos de precios celebrados bajo el PPC hace necesario estudiar (i) su faz sustancial o fondo, es decir, analizar la finalidad perseguida y los medios empleados para ello en el PPC (que permite concluir que es una medida de regulación económica dictada bajo la LA); y (ii) su faz adjetiva o forma, es decir, analizar los actos instrumentados por la SC para que el PPC entre en vigencia, incluyendo las Normas PPC (que permite concluir que son reglamentos delegados con fundamento en la LA) y el Convenio PPC (que permite concluir que es, genéricamente, un acto administrativo bilateral y, en particular, un concierto administrativo).

I

El análisis de la faz sustancial o fondo del PPC permite concluir que es una medida de regulación económica, dado que el PPC establece un régimen de administración de precios de ciertos productos que reglamenta el derecho de propiedad y libertad económica de las empresas de supermercados con fines económicos y sociales. De esta manera, el PPC constituye una intervención de la SC en el mercado que altera su funcionamiento espontáneo.

Asimismo, el PPC es una medida de regulación económica dictada con fundamento en la LA, dado que persigue sus fines (el adecuado abastecimiento interno de ciertos productos esenciales) y utiliza sus medios (control de precios y de la producción, y tipificación de infracciones), además de que tiene un ámbito de aplicación típico de las medidas dictadas bajo la LA (restringido a ciertas empresas –de supermercados y proveedoras–; y transitorio –dado que se revisa y renueva periódicamente–), y guarda coherencia con las prácticas anteriores (acuerdos de precios informales) y posteriores (controles de precios y producción unilaterales) de la SC, que demuestran una fuerte intervención estatal en el mercado. Estos argumentos permiten dejar de lado el encuadre hecho por la SC del PPC en las Normas PPC bajo la LDC, probablemente para evitar tener que cumplir con los requisitos que habiliten el ejercicio de las potestades otorgadas por la LA y para evitar su eventual impugnación.

II

El análisis de la faz adjetiva o forma del PPC, y la consideración del PPC como una medida dictada bajo la LA, permite concluir que las Normas PPC son reglamentos delegados en los que la SC ejerció las competencias delegadas por la LA. Ello, pues las medidas impuestas bajo el PPC (tales como los controles de precios y de producción, y

la tipificación de infracciones) sólo pueden instrumentarse mediante normas de carácter legislativo (leyes formales, reglamentos delegados o decretos de necesidad y urgencia), dado que implican una reglamentación del derecho de propiedad privada y libertad económica en tanto suponen imponer nuevas obligaciones cuyo incumplimiento podría ser sancionado. Este argumento permite dejar de lado el encuadre de las Normas PPC como reglamentos ejecutivos.

III

La efectiva vigencia del PPC está sujeta a la firma del Convenio PPC entre la SC y las empresas de supermercados. Si bien podría entenderse que esto impediría considerar al PPC como una medida de regulación económica (que tradicionalmente resultan unilaterales y coactivas), y a las Normas PPC como reglamentos delegados (que tradicionalmente imponen obligaciones a los particulares en forma directa), entendemos que ello no es así.

En efecto, la regulación económica también admite aquellas medidas de carácter bilateral como lo son, tradicionalmente, las medidas de fomento, que requieren de la participación de los particulares para entrar en vigencia. Ello, pues lo esencial para calificar a una medida como de regulación económica es que la intervención estatal altere el funcionamiento que el mercado tendría espontáneamente. Esto efectivamente ocurre con el PPC, dado que las empresas de supermercados efectivamente comercializarían los productos en forma distinta si el PPC no existiera.

Algo similar ocurre para definir a las Normas PPC como reglamentos delegados, dado que lo importante es verificar la competencia ejercida, la cual debería permitir a la SC imponer directamente a las empresas de supermercados las obligaciones del PPC. Ello sin perjuicio de que, luego, la SC decida imponer dichas obligaciones en forma directa (como resultaría si las Normas PPC impusieran las obligaciones a las empresas de supermercados) o indirecta (como resulta de las Normas PPC, que solo aprueban el modelo de Convenio PPC que debe ser firmado).

IV

Finalmente, el Convenio PPC es, de acuerdo al desarrollo hecho en Argentina de los actos bilaterales que la Administración puede celebrar, un “acto administrativo bilateral” en los términos reconocidos por la CSJN en “Metalmecánica”, la PTN y cierta doctrina. En este sentido, el acto administrativo bilateral se constituye como una categoría distinta a la del contrato administrativo y, por ende, no le sería aplicable el RCAN.

Sin embargo, el Convenio PPC también se puede calificar, de acuerdo al desarrollo hecho en Alemania, Italia y España de los actos bilaterales de la

Administración, como un “concierto administrativo”, es decir, un acuerdo cuyo objeto es la modulación del ejercicio de una potestad administrativa. Ello, pues el Convenio PPC cumple con los dos requisitos necesarios: un acuerdo de voluntades (celebrado entre la SC y las empresas de supermercados) que versa sobre el ejercicio de una potestad administrativa (las potestades derivadas de la LA, que permiten a la SC realizar controles de precios y de la producción, y tipificar infracciones).

En Argentina, la falta de desarrollo normativo y jurisprudencial, y el escaso desarrollo doctrinario de los conciertos administrativos no debería llevar a considerarlos inválidos, dado que todo ello podría subsanarse recurriendo a los principios generales del derecho administrativo (principio de irrenunciabilidad de las potestades, principio de legitimidad, principio de igualdad, principio de razonabilidad, entre otros), que actuarían como límites de su validez. Ello fue lo que ocurrió en Alemania, Italia y España, donde tuvieron una vigencia práctica y un reconocimiento en la jurisprudencia y doctrina antes de ser incorporados formalmente en la ley.

En particular, para que la Administración celebre un concierto administrativo válidamente bastará con que exista una norma que le atribuya la potestad sobre la cual pretende celebrar dicho concierto (pues la posición de la Administración ante la ley cuando ejerce una potestad es de vinculación positiva), y no será necesario que dicha norma (u otra) la habilite expresamente a celebrar conciertos administrativos (pues la posición de la Administración ante la ley cuando contrata es de vinculación negativa, salvo que exista una norma que le prohíba contratar). Luego, el ejercicio efectivo que la Administración haga de dicha potestad pasará por una decisión discrecional de la Administración, que podrá ejercerla en forma unilateral mediante un acto administrativo, o bilateral mediante un concierto administrativo.

Por último, constituyendo los conciertos administrativos una manifestación de los actos administrativos unilaterales cuyo objeto es el ejercicio de una potestad que aparece ahora modulada por la participación de un particular, entendemos que los conciertos administrativos deberían regirse en Argentina por la LNPA, las normas especiales que otorgan las potestades que son objeto de los conciertos administrativos y el Código Civil y Comercial, en forma analógica, para aquellas cuestiones no reguladas o que generen dudas. En el caso del Convenio PPC, al existir normas específicas que los regulen, estaría regulado por la LNPA, la LA, las Normas PPC y el Código Civil y Comercial, si bien en forma analógica.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Competencia y Regulación Económica – lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en AA.VV., *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos, y RIVERO YSERN, Enrique (Dir.), *La contratación pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- CASTRO VIDELA, Santiago y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2015.
- CASTRO VIDELA, Santiago y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio*, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, 2017.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, “Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos y entes del Estado”, en AA.VV., *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2005.
- COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- CORSO, Guido, “El Procedimiento Administrativo en Italia”, en BARNES, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.
- COVIELLO, Pedro, “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO YSERN (Dir.), *La contratación pública*, Hammurabi.
- DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.
- FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Primera Parte, La Ley, 1968

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, con notas de Agustín Gordillo*, Buenos Aires, Thomson-Civitas-La Ley, 2006.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013.
- GOTTSCHAU, Patrizia, “La contratación pública en Alemania”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, 626.
- HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998.
- HUERGO LORA, Alejandro, “La nueva regulación de los contratos públicos en Alemania. Reflexiones sobre el derecho Español”, en Francisco Sosa Wagner (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- IVANEGA, Miriam, “Los principios de la organización administrativa”, *Documentación Administrativa N° 267-268*, INAP, España, 2004, 189-204.
- KREBS, Walter, “Contratos y convenios entre la Administración y particulares”, *Revista de Documentación Administrativa (1958/2005)*, Números 235-236 del Instituto Nacional de Administración Pública, 82.
- MAIRAL, Héctor, “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, *El Derecho* 179-655, 1998.
- MAIRAL, Héctor, “La influencia italiana en la definición argentina del acto administrativo: Los problemas que resultan de no haber seguido más fielmente el modelo”, *Revista de Derecho Administrativo N° 111*, 2016.
- MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo Alemán*, UNAM, México, 2012
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- MARIENHOFF, Miguel “El acto administrativo bilateral y al Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al quasi contrato administrativo”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 61*, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- MEYER, Hans, “El Procedimiento Administrativo en la República Federal de Alemania”, en BARNES, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

MOSCARELLO, Agustín Roberto, “Convenios urbanísticos. Lineamientos generales y su aplicación al caso de la ciudadanía de Rosario”, *LL Litoral 2010 (octubre)*, 933 (cita online AR/DOC/5567/2010).

ORTIZ, Gaspar Ariño, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Marienhoff, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1998.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Parte General, Volumen I, Marcial Pons, Madrid, 1992.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “La terminación convencional del procedimiento administrativo: naturaleza y características de una nueva figura en el derecho español”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Marienhoff*, Abeledo- Perrot, 1998.

PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

SACRISTÁN, Estela, “Responsabilidad del Estado en el marco de la actividad de fomento”, en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, RAP, Buenos Aires, 2008.

SAMMARTINO, Patricio, *Amparo y Administración*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

TAWIL, Guido, *Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014.

TORRICELLI, Simone, “El Procedimiento Administrativo en el sistema Italiano, entre la eficiencia y la garantía”, *Revista de Derecho Administrativo N° 9*, 2010.

TRAVI, Aldo, “La contratación pública en Italia”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado General de los Contratos Públicos*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.

USLENGHI, Alejandro, “Régimen jurídico de la potestad reglamentaria”, en AA.VV., *Acto administrativo y reglamentario*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002.

YOLIS, Lisandro, “La naturaleza jurídica del Programa Precios Cuidados”, *Revista El Derecho*, N° 13.754, 26/06/2015.

JURISPRUDENCIA

CSJN, *ALUAR aluminio Argentino S.A.I.C. c/ M° Economía – Dtos. 2000/92 y 541/00 s/ proceso de conocimiento*”, A. 585. XLIV. ROR (2011).

CSJN, *Carman de Cantón, Elena v. Nación Argentina*, Fallos 175:368 (1936).

CSJN, *Cía. Nacional de Petróleos, Ltda. y otras c/ La Prov. de Salta*, Fallos 164:140 (1932).

CSJN, *Guilford Argentina S.A. c/EN- M° de Economía – dtos. 2000/92 y 541/00 s/ proceso de conocimiento*”, Fallos: 335:1771 (2012).

CSJN, *S.A. METALMECÁNICA, C.I. v. NACIÓN ARGENTINA*, FALLOS 296:672 (1976).

CSJN, *Urundel del Valle S.A. c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ varios*, Fallos 323:1906 (2000).CNACAF, Sala III, *Alpesca S.A. c/EN*, del 05-IX-2002.

CNACAF, Sala III, *Jugos del Sur S.A. c/EN*, del 11-XII-2006.

CNACAF, Sala V, *Urundel del Valle S.A. c/Estado Nacional* del 22-06-1998.

CNCAF, Sala I, *Wal-Mart Argentina S.R.L. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.423/2014), 16-VII-2014.

CNCAF, Sala II, *INC SA c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.401/2014), 06-XI-2014.

CNCAF, Sala II, *Día Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.432/2014), 18-III-2015.

CNCAF, Sala II, *Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.402/2014), 12-II-2015.

CNCAF, Sala III, *Jumbo Retail Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo Ley 24.240 – art. 45*, (Causa N° 5.590/2014), 21-IV-2015.

CNCAF, Sala IV, *Coto CICSA c/ DNCI s/ Recurso Directo Ley 24.240 – art. 45*, (Causa N° 5.586/2014), del 29-IX-2015.

CNCAF, Sala IV, *Día Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.434/2014), 7-XII-2017.

CNCAF, Sala V, *Día Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.433/2014), 18-II-2015.

CNCAF, Sala V, *Wal-Mart Argentina S.R.L. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo*, (Causa N° 9.406/2014), 10-IV-2015.