

FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, ACTO, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE BASES: LA CONCRECIÓN SISTÉMICA DE LA “AUTORREGULACIÓN REGULADA”

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

Profesora titular de Derecho Administrativo, en la
Universidad del Museo Social Argentino y en la
Universidad Nacional de la Matanza; Miembro del Instituto
Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

SUMARIO: 1. El Derecho Administrativo es político, imposible no ser valorativo. Desde qué atalaya opinamos... 1.1. Nuestra concepción antropológica: la naturaleza social del hombre. 1.2. El principio de subsidiariedad como criterio de intervención estatal. 1.3. El Estado como valor ético. 2. La Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. 2.1. Su inspiración en Alberdi. 2.2. Institutos del Derecho Administrativo excogitados para demostrar sumariamente la tesis explicitada en el título de este trabajo. 2.3. El rol del Estado garante en la “autorregulación regulada”. 3. Función administrativa, acto, procedimiento, contrato: análisis de disposiciones de la Ley de Bases que trasuntan un paradigma afín al de la “autorregulación regulada”. 3.1. La exclusión de las manifestaciones empresariales del Estado del ámbito de aplicación de la LNPA y la aplicación “a pedido” del Derecho Administrativo. 3.2. La supresión del párrafo *in fine* del art. 7, LNPA. 3.3. La derogación de los actos de alcance general a la luz del principio según el cual “nadie tiene derecho a la inalterabilidad de leyes y reglamentos”. 3.4. Los contratos de concesión de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos (Ley 17.520 según las modificaciones introducidas por la Ley de Bases). 4. Prognosis conclusiva.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ES POLÍTICO¹, IMPOSIBLE NO SER VALORATIVO. DESDE QUÉ ATALAYA OPINAMOS...

Toda concepción jurídica se nutre de principios generales del Derecho que expresan una determinada visión del mundo y de sí mismo (*weltanschauung*); en definitiva, una concepción metafísica, antropológica y política.

¹ COMADIRA, Julio R., ESCOLA Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo, (Coord. Colab.y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo, Tomo I, Prov. de Bs. As, 2012, p. 16.

Afirmado esto, el Derecho Administrativo como derecho del poder y de las libertades no escapa a la premisa anterior.

1.1. *Nuestra concepción antropológica: la naturaleza social del hombre*

El hombre es un *zoon politikon*, “solo un Dios o una bestia pueden vivir sin sociedad”, nos dice Aristóteles.

El ser humano requiere para satisfacer plenamente sus necesidades vitales, espirituales y culturales de la cooperación social, para remediar sus indigencias; necesita vivir en sociedad.

El Estado es la única sociedad que puede ofrecer la multiplicidad de condiciones necesarias para la realización de los fines existenciales del hombre, para la integración de la naturaleza humana de un modo tan amplio que asegure la satisfacción completa de los mencionados fines existenciales. La sociedad que realiza estas posibilidades es la sociedad global, o sea, el Estado².

Por ello, el fin del Estado se diferencia de todas las figuras o instituciones sociales. Porque consiste en la satisfacción amplia y completa de las funciones sociales fundamentales exigidas por la integración de la naturaleza humana, la defensa de la propia comunidad, así como el mantenimiento de su orden jurídico y de su bienestar general³.

De tal suerte, puede afirmarse que es y será siempre función del Estado la creación de las condiciones para el pleno desarrollo de la naturaleza humana, fundando, favoreciendo y regulando la cooperación social en todos sus aspectos⁴.

Acorde con esta caracterización, el Estado califica como sociedad perfecta y necesaria.

No enerva la afirmación precedente, si bien ciertamente influye, el actual fenómeno de la globalización; porque los elementos populares, la cultura, las formas de vida, el orden jurídico y las especiales exigencias del bien común de la población de cada Estado siempre serán propios de cada Estado⁵.

2 MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967, pp. 156-157.

3 *Ídem*.

4 Esta tarea por cierto se realiza con la debida consideración e integración de los llamados cuerpos intermedios que constituyen el tejido social u orgánico. El grupo o cuerpo intermedio es aquel que se encuentra entre el individuo y la sociedad o el Estado. Constituye un verdadero “puente de amistad” y de entendimiento entre el individuo y la sociedad o el Estado (v. LÓPEZ CALERA, Nicolás María, “El orden natural y los cuerpos intermedios, en AAVV, *Contribución al Estudio de los Cuerpos Intermedios*, Speiro, 1968, Madrid, p. 39).

5 MESSNER, Johannes, ya cit., pp. 156-157.

Ahora bien, del carácter necesario, múltiple amplio, y casi omnicomprensivo de los diferentes órdenes de relación de las personas y cuerpos intermedios se deriva una amplia autoridad del Estado para cumplir con estos fines⁶.

En suma, la naturaleza social del hombre y el Estado como sociedad necesaria y perfecta, junto con el primado de la política constituyen, en nuestra opinión, el título legitimante, de la intervención administrativa.

Esa intervención estatal en el marco de la gestión de ese Bien Común será regida por el principio subsidiariedad.

1.2. *El principio de subsidiariedad como criterio de intervención estatal*

El principio de subsidiariedad se traduce en dos mandas operativas.

La *positiva* consiste debe hacer todo aquello que sea necesario para crear las condiciones necesarias para el bien común; y la *negativa*, en que no debe sustituir a los particulares en la realización de aquellas condiciones, cuando esa realización sea posible sin la intervención estatal.

El principio de subsidiariedad permite reconducir las funciones del Estado a la función esencial de servir al Bien Común⁷.

Esta se caracteriza por el hecho de que la comunidad estatal es una unidad de personas individuales y sociales que poseen sus fines existenciales y sus propias funciones así como sus propios derechos y facultades y que tan solo pueden conseguir la plenitud esencial de su ser respondiendo a las necesidades derivadas de estos fines. El pleno desarrollo de la personalidad humana no es algo que el hombre puede recibir como un regalo. Se trata más bien de la *autorrealización en el cumplimiento de sus funciones vitales y por consiguiente no puede tener lugar sino con sus propias fuerzas y bajo su propia responsabilidad*⁸. Porque la vida es una experiencia intransferible. Toda agrupación social, incluido el Estado, no puede desempeñar más que una función auxiliar.

El principio de subsidiariedad es una expresión del hecho de que el ser humano no puede conseguir el pleno desarrollo de su personalidad más que con la actuación de su libertad y el cumplimiento de su propia responsabilidad.

El principio de subsidiariedad de la sociedad y del bien común se expresa en la fórmula de que la responsabilidad individual precede a la responsabilidad global⁹.

Dicho más concretamente, en cuanto los individuos y pequeñas comunidades sean capaces y estén dispuestos a hacer frente a su propia responsabilidad de conseguir los fines basados en esa responsabilidad, no tiene el poder social de orden, la autoridad, ningún derecho a arrogarse tareas sobre estos fines¹⁰.

6 MESSNER, Johannes, ya cit. pp. 956 y ss.

7 *Ibidem*, pp. 949 y ss.

8 *Ibidem*, pp. 198 y ss.; también, pp. 333 y ss.

9 *Ibidem*, pp. 227 y ss.

10 *Ídem*.

El bien común es la ley superior de la sociedad porque determina los derechos de la autoridad social y porque regula su conducta en el uso de estos derechos en cada ocasión. Por eso para Messner, la ley del Bien Común y el principio de subsidiariedad son, en su esencia, idénticos.

Ambos se traducen en la siguiente fórmula: el bien común es ayuda pero solo ayuda para los individuos en la consecución de los fines esenciales de la vida. El bien común fundamental limita las facultades del poder social de orden: autoriza para todo y para solo lo requerido para la realización efectiva del Bien Común. Bien común y subsidiariedad son dos aspectos de la misma cosa. Son principios estructurantes de toda organización y delimitantes de los campos de incumbencia de la autoridad.

De la ley de la subsidiariedad se desprenden tres corolarios o criterios que permiten un juicio responsable sobre si la situación de una sociedad corresponde al orden exigido por la naturaleza y hasta dónde¹¹:

- a) un sistema social es tanto más perfecto cuanto menos impida a los individuos la prosecución de sus propios intereses, pero a la vez cuanto más les obligue mediante instituciones adecuadas a servir también ahí al bien común;
- b) un sistema es tanto más valioso cuanto más se valga la autoridad central de las autoridades subordinadas, por consiguiente, mediante la descentralización de poderes y autonomías de las comunidades menores;
- c) un sistema social será tanto más eficaz cuanto menos acuda para alcanzar un alto grado de bien común a las leyes y más a los estímulos de rendimiento.

El principio de subsidiariedad suele ser expresado, entonces, “en tanta libertad como sea posible, tanta intervención como sea necesaria”¹². Cuantas menos regulaciones imponga una comunidad para asegurar el orden público y la utilidad común, más se acercará a este ideal. Y esto –nos apuramos a advertir– rectamente inteligido conforme los tres criterios *supra* expuestos, no es, en modo alguno, liberalismo.

Porque si el Bien Común constituye el fin del Estado, no cabe albergar dudas de la *primacía de la política* que no se opone a la apuntada subsidiariedad de las funciones estatales sino que se *apoya* en ella.

1.3. *El Estado como valor ético*

Explica Messner que como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre, el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Es la creación más destacada de la razón humana, como sostiene tanto Santo Tomás como Aristóteles; la incorporación del Estado dentro de la escala de valores –prosigue– puede desterrar la idea derivada del utilitarismo político de que el estado es tan solo una institución de organización técnica al servicio de diversos

11 *Ibidem*, p. 228.

12 *Ibidem*, p. 338.

intereses. El Estado es un medio al servicio de la plenitud de la existencia humana y de consiguiente debe respetar el orden de los fines existenciales del hombre.

En contraposición con esta concepción, para el liberalismo, el Estado es un simple servidor del individuo y de sus intereses económicos, una institución de organización técnica al servicio de diferentes intereses, más allá de que sea un medio al servicio de la plenitud humana; y el colectivismo, un gran concierto económico al servicio de la producción social de la vida material como propugna Marx¹³.

Siendo que el Estado es un medio al servicio de la plenitud humana, Aristóteles y Santo Tomás no vacilan en asignar a la política el valor más elevado de todas las artes¹⁴.

Nada caracteriza tan abiertamente la esencia ética del Estado como su función de realizar el mínimo ético de la convivencia humana. El Estado atiende esta tarea con la institución del orden jurídico, el instrumento de poder con que cuenta recibe para ello una justificación ética y su uso un carácter moral.

Procede destacar que la consideración ética del Estado ha sido una constante en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro que siempre ha referido al Estado como persona ética por excelencia (Dictámenes 190:103; 223:147; 251:411).

2. LA LEY DE BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA LIBERTAD DE LOS ARGENTINOS

2.1. Su inspiración en Alberdi

La Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (Ley de Bases) evoca de modo metafórico, la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Organización política de la República Argentina de Alberdi.

La evoca en su valoración por la libertad, la evoca como programa de acción, la evoca en su carácter fundacional. Esto último en tanto la obra de Alberdi fue fuente inspiradora de la Constitución Argentina de 1853, después de la batalla de Caseros.

La obra de Alberdi reconoce a la categoría jurídica Estado; téngase presente que la “República” cuya organización política se propone, es la forma del Estado. En contraposición, la Ley de Bases enfatiza sobre la libertad de los argentinos. Pero debemos intelegir este matiz como un recurso de sinécdoque toda vez que “no existen los argentinos sin Estado...”.

2.2. Institutos del Derecho Administrativo excogitados para demostrar sumariamente la tesis explicitada en el título de este trabajo

Con el objeto de demostrar sumariamente que las modificaciones introducidas por la Ley de Bases reconfiguran en su conjunto el Derecho Administrativo

13 *Ibidem*, pp. 857 y ss.

14 *Ídem*.

sobre un molde que bien puede ser calificado afín al fenómeno de la “autorregulación regulada”, hemos seleccionado como institutos demostrativos de tal postulación a los siguientes: función administrativa, acto administrativo, procedimiento administrativo y contratos administrativos. Ellos, por cierto, según la nueva fisonomía normativa que les ha otorgado la mencionada Ley de Bases.

Entendemos al respecto que los apuntados capítulos del Derecho Administrativo constituyen elementos suficientes para mostrar que el conjunto de las modificaciones implementadas por la aludida Ley de Bases, verdadero corte transversal al derecho administrativo –sistémicamente examinadas– se enrollan en la *ratio* del fenómeno apuntado, la “autorregulación regulada”.

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

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

Esta funcionalidad sistémica es la que permite enrollar a los institutos del Derecho Administrativo relevados en el paradigma de la “autorregulación regulada” y como facilitadores del desplazamiento del principio de legalidad de la Administración de la ley, por el contrato.

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

Es sabido que por diferentes motivos, primordialmente de índole económico-financiera que pueden sintetizarse en la conocida frase de que “los números no cierran”¹⁵ (los números del Estado) –pero también debido al correlativo empoderamiento tecnológico y económico privado–, el denominado Estado de Bienestar que se expresa en Derecho Administrativo, a través de una Administración prescricional, ha dado paso al llamado Estado garante o Estado regulador¹⁶.

Este fenómeno va acompañado del tránsito de la heteronormatividad a la autonormatividad, esto es, a la “autorregulación regulada”; de la ley al contrato¹⁷. No desaparecen ni la ley ni el reglamento, pero dejan mayor autonomía de voluntad reguladora a las partes privadas, las que emiten sus normas, encuadrándose en un

15 La versión argentina de esta frase puede encontrarse en la conocida declaración efectuada por el actual Presidente de Argentina, Javier Milei, cuyo *leitmotiv* ha sido en muchas ocasiones “no hay plata”.

16 Sobre el Estado Garante como Estado Subsidiario, v. CASSAGNE, Juan C., *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Bs. As., 2023, pp. 56 y ss.

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

bloque de legalidad más amplio, que no fija pormenores; muchas veces, enmarcándose en normas que expresan el *soft law* o *droit souple*, *droit mou* (derecho flexible o blando) y no un derecho imperativo (*ius cogens*).

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

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

Pero frente a esa imagen, aparecen interrogantes como el que plantea Rainer Wahl¹⁸, ¿tendrá el Estado que conduce el timón, la fuerza suficiente frente a estos remeros para lograr que cambien el rumbo o lo enderecen, si no le obedecen...? ¿hasta dónde podrá contrarrestar el Estado al timón, la fuerza de tan poderosos y obstinados remeros y hacer prevalecer el rumbo hacia el bien común?¹⁹

3. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, ACTO, PROCEDIMIENTO, CONTRATO: ANÁLISIS DE DISPOSICIONES DE LA LEY DE BASES QUE TRASUNTAN UN PARADIGMA AFÍN AL DE LA “AUTORREGULACIÓN REGULADA”

3.1. La exclusión de las manifestaciones empresariales del Estado del ámbito de aplicación de la LNPA y la aplicación “a pedido” del Derecho Administrativo

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

19 *Ídem*.

La modificación introducida al art. 1º de la LNPA²⁰ aporta elementos materiales para la definición de la función administrativa (v. art. 1º, *a*) *ii*); *b*) 1), LNPA según el art. 24, Ley de Bases)²¹.

20 Reza el texto actual del art. 1º LNPA:

“Ámbito de aplicación: *a*) Las disposiciones de esta ley se aplicarán directamente a: *(i)* La Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales; *(ii)* Los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, cuando ejerzan actividad materialmente administrativa.

b) También se aplicarán, en forma supletoria los títulos I, II y III a: *(i)* Los entes públicos no estatales, a las personas de derecho público no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales; *(ii)* Los procedimientos administrativos regidos por leyes especiales que se desarrollen ante los órganos y entes indicados en los sub-incisos *(i)* y *(ii)* del inciso *a*) precedente.

c) La presente ley no se aplicará a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Los entes mencionados en este inciso *c*), así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional, se registrarán en sus relaciones con terceros por el derecho privado. El Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá, a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público.

d) La presente ley será de aplicación a los organismos militares y de defensa y seguridad, salvo en las materias regidas por leyes especiales y en aquellas cuestiones que el Poder Ejecutivo excluya por estar vinculados a la disciplina y al desenvolvimiento técnico y operativo de las respectivas fuerzas, entes u organismos”.

21 Expresan Cassagne y Perrino: “Asimismo, otras importantes reformas efectuadas a la LNPA responden a la recepción de la concepción material de la función administrativa [basada como es sabido en la doctrina de Marienhoff], tal como se desprende de la redacción del nuevo art. 1. Allí, al regularse el ámbito de aplicación de la LNPA, en los apartados *(i)* y *(ii)*, se adopta un criterio objetivo de la función administrativa para delimitar el ámbito de aplicación de la LNPA, al prescribir la aplicación directa de sus normas a las actividades materialmente administrativas que lleven a cabo los órganos del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público. Cabe recordar que, con anterioridad a la reforma, ante la falta de mención en el art. 1º de los poderes Legislativo y Judicial se controvertía si era posible su aplicación en dichos ámbitos cuando obraban en ejercicio de la función administrativa. En más de una ocasión, las distintas salas de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal consideraron que la LNPA era aplicable por vía de la analogía. Todos estos problemas interpretativos que provocaba la redacción anterior del art. 1º de LNPA han quedado disipados con la modificación efectuada a dicho precepto que, con arreglo a un criterio objetivo de la función administrativa, dispone la aplicación directa de sus normas a la actividad administrativa de los poderes Legislativo y Judicial y del Ministerio Público. Como consecuencia de la concepción material de la función administrativa adoptada en la LNPA, se expande la noción legal del acto administrativo, pues aquel comprende no solo a los que emita la Administración Pública, sino también a los que provienen de cualquier órgano estatal o de personas de derecho público no estatales y

Sin embargo, no parece congruente con el criterio material que incorpora, la exclusión del ámbito de la LNPA que formula con respecto a las manifestaciones empresariales del Estado (v. art. 8, inc. b), Ley 24.156)²², así como de la banca oficial.

Ello, aun cuando la ley admite que el Jefe de Gabinete de Ministros previo dictamen de la Procuración del Tesoro, someta, *a petición del interesado*, la controversia al ámbito del derecho público siempre que para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de Derecho Público.

La apuntada exclusión podría proyectarse dentro de lo jurídicamente opinable sobre otras normativas de derecho público que resultarían a nuestro ver implícita e indirectamente impactadas. Así, por ejemplo, el art. 25, inciso d), ap. 8, del Decreto 1023/01 (RCAN) que regula la contratación interadministrativa cuando una de las partes contratantes con el Estado, es una empresa o sociedad del Estado²³.

Cuadra interrogarse, en efecto, ¿el hecho de que no resulte de aplicación la LNPA a las manifestaciones empresariales del Estado o al sector de la banca oficial, impide aplicar el RCAN cuando estas entidades actúan como contratistas del Estado? ¿Impide que la contratación resultante califique como “interadministrativa”...?

Pero más allá de estos aspectos colaterales, lo que a nuestro juicio asume singular relevancia en lo atinente a demostrar nuestra tesis, es la posibilidad de que el Jefe de Gabinete de Ministros someta, previo dictamen de la Procuración, “a pedido del interesado”, la cuestión al derecho público; ello parece habilitar una latitud normativa que puede afectar en nuestra opinión, tanto el principio de legalidad como vinculación positiva de la Administración, como la garantía de igualdad de los particulares administrados.

No resulta en tal sentido, un elemento objetivo, suficiente, satisfactorio del principio de legalidad y de vinculación positiva de la Administración, la amplia e indeterminada referencia que efectúa la norma autorizativa al supuesto en que para la solución del caso, “conforme con el derecho en juego”, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público.

personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas.” (v. CASSAGNE, Juan C., PERRINO, Pablo E., “El acto administrativo en la Ley de Bases”, TR LA LEY AR/DOC/2299/2024, pp. 1-2).

22 V. en tal sentido, SCBA, causa A. 69.021, “Utilducto S.A. contra Aguas Bonaerenses S.A. Pretensión anulatoria”.

23 Porque si la relación o contratación es “interadministrativa”, las dos partes deberían ser sujetos administrativos y regirse por el Derecho Administrativo, sin perjuicio de la aplicación instrumental del Derecho Privado en los aspectos concernidos por los fines industriales, comerciales, financieros o económicos.

Por otra parte, en la economía de la norma examinada, termina siendo el interesado, –ni siquiera la Administración– quien cuenta con la atribución de efectuar la solicitud de aplicación del régimen de derecho público. Esta normativa conduce a “un derecho administrativo a elección del particular administrado” en la medida en que la Administración cohoneste el pedido; pudiéndose proceder de diferente manera, según el caso, y según la diferente voluntad del órgano, con escándalo de la garantía de la igualdad.

Nótese por otra parte, que si bien la intervención de la Procuración del Tesoro podría garantizar una adecuada admisión de la aplicación del derecho público –devenida excepcional²⁴ en el contexto de la Ley de Bases– lo cierto es que el test de admisibilidad del cambio de régimen²⁵, que permitirá requerir la opinión del Alto Órgano Asesor, será efectuado en definitiva, si el Jefe de Gabinete acompaña la petición del interesado. Si este órgano se opone a formular la consulta a la Procuración del Tesoro, denegará al particular la aplicación del derecho público, en puridad, sin intervención de la Procuración del Tesoro.

Es decir, para no efectuar esta aplicación excepcional del derecho público, bastará con que el Jefe de Gabinete de Ministros no requiera el dictamen de la PTN, más allá de lo que esta institución pudiera en el caso opinar.

En esta disposición refulge el nervio vivo de la filosofía que anima la “autorregulación regulada”. La vinculación positiva que junto con la negativa –ambas constitutivas del principio de juridicidad– caracteriza la competencia del órgano en Derecho Administrativo, se restringe al máximo, vaciándose de contenido, creando una “zona franca”, libre, para la Administración.

Y permite la integración del bloque de juridicidad, con el que se deberá resolver “la controversia”, tanto por la voluntad del particular administrado –en su carácter de solicitante de la aplicación del derecho público– como del órgano que deberá merituar la pertinencia de aplicar este y solicitar la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación. Finalmente, el Derecho Público o Administrativo, verdadero derecho “común” de la Administración, pasa a ser un derecho “de excepción”.

No se nos escapa que las manifestaciones empresariales del Estado que asumen diversas tipologías reclaman en muchos aspectos vinculados con los objetivos industriales y comerciales²⁶ la aplicación instrumental del Derecho Privado

24 No cabe perder de vista que el derecho administrativo es el derecho común de la Administración; sobre la aplicación del Derecho Público (Constitucional y Administrativo) a las manifestaciones estatales del Estado, más allá de disposiciones específicas y puntuales que retacean o directamente excluyen esta aplicación, v. Dictámenes PTN 301:49.

25 Es decir, del cambio de régimen privado a un régimen de Derecho Público.

26 Así fue como aparecieron tempranamente consagrados en su elaboración pretoriana, los denominados “servicios públicos industriales y comerciales” que justificaron la exclusión de la competencia del Consejo de Estado francés por el Tribunal de Conflictos (v. Tribunal des conflits, 22

(Dictámenes PTN 301:49). Pero no menos cierto es que el interés público implicado en la hacienda estatal a la que pertenecen las referidas manifestaciones empresariales y el sector de la banca oficial, ha gravitado siempre en beneficio de su regulación sistémica tanto por el Derecho Público como por el Administrativo, ello en línea con lo dispuesto en el art. 85 CN (v. Dictámenes PTN 301:49). Y la más autorizada doctrina ha pregonado el corrimiento de las formas y la necesaria primacía de la sustancia, es decir, de su insoslayable estatalidad²⁷.

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

Se trata del interés de la comunidad y es a ella a la que cabe su definición, aun cuando lo haga a través de la misma organización estatal por un sistema político de representación que, en el constitucionalismo democrático, es confiado al órgano o poder legislativo²⁸.

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

janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, conocido como arrêt “Éloka”, disponible en <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/tribunal-des-conflits-22-janvier-1921-societe-commerciale-de-l-ouest-africain>.

27 V. BARRA, Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales*, Abaco, de Rodolfo Depalma, Bs. As, 1989, pp. 33-34, ver en especial, p. 34, nota a pie N° 4; v. también Dictamen PG CABA, del 12-12-2013, IF-2013-07165436-PG, REF EE N° 6859808-MGEYA-PG-2013 en el cual con cita de dictámenes de la PTN, se expresó: “aun tratándose de entidades predominantemente regidas por el derecho privado, deben considerarse de aplicación a su respecto, ciertas normas y principios de derecho público no incompatibles con las finalidades de su creación; agregando que aún con el más amplio grado de descentralización, en última instancia integran la organización administrativa del Estado y que cuando se trata de entidades del Estado constituidas bajo forma jurídica privada, se impone la superación de la personalidad del ente frente a la realidad estatal de la propiedad, el gobierno y dirección de la entidad (Dictámenes PTN 219:145. 241: 242).

Ya se ha destacado que el Estado es siempre una persona pública y ente de derecho público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La administración es siempre persona de derecho público, que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza para objetivos análogos”.

28 BARRA, Rodolfo C., ya cit., pp. 18-20.

zona de legalidad de respeto imperativo, solo derogables o modificables por otra norma de igual o mayor jerarquía²⁹.

El principio de legalidad – prosigue el autor citado– no representa solamente una vinculación negativa de la Administración a la ley, con lo que su situación no sería radicalmente diferente a la que subordina a los particulares al ordenamiento (poder hacer todo lo que la ley no prohíbe), sino manifiesta una vinculación positiva. El resultado es que *no hay en la actuación administrativa espacios francos o libres de ley*. El derecho no es para la Administración una linde externa que señala hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola voluntad y arbitrio. Por lo contrario, el derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa³⁰.

3.2. *La supresión del párrafo in fine del art. 7, LNPA*

El art. 7º de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos (LNPA)³¹ disponía que “los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”.

Este párrafo implicaba que el Título III de la LNPA que albergaba y alberga, en puridad, el núcleo duro del régimen del acto administrativo devenía de aplicación a todos los contratos que celebrara el sector público nacional integrado por los componentes indicados en los incisos del art. 8º de la Ley 24.156³².

29 *Ídem*.

30 *Ídem*.

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

32 V. BARRA, Rodolfo C., ya cit., pp. 94-95; reza el mencionado art. 8º: “Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición

El acto administrativo, como explica Barra, es el modo de expresión típico de las administraciones públicas, la vía a través de la cual estas cumplen con los cometidos que le fueron asignados por el ordenamiento jurídico. A la vez, el acto administrativo es el instrumento jurídico que por sus caracteres (los elementos propios que lo ubican dentro de la estructura sistémica del ordenamiento iusadministrativo), en mayor medida, garantiza la prosecución del interés público y los derechos de los administrados³³.

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

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

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

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

3.3. La derogación de los actos de alcance general a la luz del principio según el cual “nadie tiene derecho a la inalterabilidad de leyes y reglamentos”

El art. 18 de la LNPA según la modificación introducida por la Ley de Bases (art. 37), reza: “Los actos administrativos de alcance general podrán ser

de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.

33 BARRA, Rodolfo C., ya cit., pp. 94-95.

derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos que pudieran haber nacido al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por sus titulares”.

Teniendo en cuenta la consolidada jurisprudencia administrativa de la PTN a cuyo tenor “nadie tiene derecho a la inalterabilidad de leyes y reglamentos” (Dictámenes 274: 721, 268:151; 220: 167; también Fallos 306:721; 305:2205), entendemos que la segunda parte de la norma traída solo podría tener virtualidad en el caso de que el particular fuera beneficiario de regímenes promocionales que le hubieran garantizado beneficios durante un plazo determinado, o bien, expedido un certificado de estabilidad fiscal, o bien, al amparo de la posibilidad de invocar, siempre en el marco de una relación contractual previamente formalizada, la teoría del hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión.

Pero lo cierto es que la disposición en su segundo párrafo, congruente con la *ratio* de la “autorregulación regulada” parece “atar” lo que es una potestad soberana o de la Administración, la modificación de los reglamentos, a supuestas consecuencias indemnizatorias que esta modificación pudiera suscitar, desdibujando como principal norte, el interés público que debe primar en la función administrativa, de conformidad con la clara manda que dimana del art. 32 de la CADH³⁴.

3.4. *Los contratos de concesión de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos (Ley 17.520 según las modificaciones introducidas por la Ley de Bases)*

(i) *Prerrogativas*

Toda prerrogativa estatal debe estar fundada en una ley³⁵ dado que su ejercicio concreto tendrá la potencialidad de afectar la esfera jurídico patrimonial del particular administrado, quien se encuentra respecto de la prerrogativa, en un

34 Según este artículo, en una sociedad democrática, los derechos se gozan conforme las justas exigencias del bien común.

35 Aludimos a la ley, pero, por cierto, también la Constitución Nacional como ley suprema fundamenta prerrogativas estatales, a nuestro criterio, tanto de modo explícito, implícito e inherente. Sobre la legalidad como atributiva de las potestades, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Ramón FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 1º edición argentina, Thomson Civitas, La Ley, Bs. As., 2006, p. 453; sobre los poderes inherentes, v. AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes implícitos y de los Poderes Inherentes*, Buenos Aires, Tea, Rca. Argentina, 1987, pp. 151 y ss. Para este autor, los poderes implícitos derivan del enunciado de una norma; en cambio, los poderes inherentes o “resultantes”, emergen de la naturaleza misma de los tres poderes del Estado.

estado de situación pasiva de inercia; es por ello que la prerrogativa se halla sujeta a una vinculación positiva, al orden jurídico positivo³⁶, a la ley.

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

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

Si la prerrogativa se encuentra en la documentación licitatoria o contractual requerirá ser “aceptada” o “acordada” por la contraparte contractual³⁷; e incluso podrá ser modificada por la autoridad que dictó el reglamento, respetando el principio de inderogabilidad singular del reglamento. Pero si está en la ley, como acontece en el marco del Decreto delegado N° 1023/01³⁸ (art. 12), resultará imperativa y no podrá ser excluida por una fuente de rango jerárquico inferior como el reglamento o el propio contrato, ni, por cierto, soslayada por los órganos administrativos que dependen del PEN, titular de la Administración (v. Dictámenes PTN 307:445).

Ahora bien, nótese que la Ley de Bases no alberga a las prerrogativas en su plexo, tal como sí lo hace el Decreto delegado 1023/01 (art. 12), sino que se limita a establecer que la documentación licitatoria y contractual deberá establecerlas, así como fijar su alcance (v. art. 7º, Ley 17.520, texto sustituido por la Ley de Bases)³⁹.

Ello, sin perjuicio de establecer, la primera, un conjunto de prerrogativas estatales que no asegura la autotutela administrativa del interés público con la misma eficacia que el Decreto delegado. Tómese como ejemplo en este sentido a la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato, a través de un acto

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

37 Aceptación que surge de la presentación de la oferta.

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

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

administrativo con los caracteres de presunción de legitimidad y ejecutoriedad (art. 12. LNPA), contemplada en el RCAN⁴⁰, pero ausente en el marco de la Ley de Bases.

Consistente con el paradigma de la “autorregulación regulada” y del consiguiente desplazamiento de la ley por el contrato que esta implica, la Ley de Bases consagra la institución de los paneles técnicos (art. 7° *bis*, y art. 12, Ley 17.520 reformada), que previo acuerdo que los establezca, conducirán a una solución del diferendo interpretativo por terceros ajenos a la Administración y, por cierto, sin los caracteres del acto administrativo.

(ii) *La posición de la Administración en el caso de los contratos nulos*

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

Esta disposición que reedita su similar contenida en el art. 9°, inc. p) de la Ley 27.328 para los contratos de participación público privada, socava las bases de la autotutela administrativa del Estado en tanto priva a la Administración de las herramientas necesarias para la concreción por sí misma de la jurisdicción en su seno y en definitiva, la “ata de manos”⁴¹. La potestad revocatoria por ilegitimidad resulta una potestad no solo consagrada desde siempre por la LNPA sino también inherente a las potestades constitucionales de la Administración en tanto función del Estado independiente de los otros dos poderes, que debe contar con poderes propios para el logro de sus cometidos institucionales⁴². De tal suerte, “La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del

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

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

42 RODRÍGUEZ María José, ya cit., nota anterior; v. en igual sentido, V. COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, MONTI, Laura (colaboradora), Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 333 y ss.; sobre los poderes inherentes; AJA ESPIL, Jorge A., ya cit. Tal como explica Enrique Alonso Regueira, la independencia de las funciones del poder que constituye uno de los pilares sobre los cuales se asienta el diseño constitucional de la República fundamenta la interdicción de sustitución judicial de la función administrativa (ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*, Lajouane, Bs. As., 2017, pp. 57-58).

statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.”⁴³

(iii) *El desplazamiento de los marcos legales regulatorios de los servicios públicos*

La regulación prevista en la Ley de Bases, con respecto a los contratos de concesiones no contempla, en el bloque de legalidad que establece, a los marcos regulatorios de los servicios públicos, tal como advierte Perrino⁴⁴. Y habilita de este modo el desplazamiento de estos plexos normativos⁴⁵ por la documentación licitatoria contractual, de modo congruente con el paradigma que aplica⁴⁶.

(iv) *Paneles técnicos y tribunales arbitrales. Prórroga de jurisdicción*

La Ley de Bases posibilita –del mismo modo que la Ley 27.328 – que el contrato administrativo de concesión huya no solo de las prerrogativas de la Administración⁴⁷, sino también de los jueces locales, establecidos por la CN.⁴⁸

43 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Ramón Fernández, Tomás, *Curso de...*, ya cit., p. 515.

44 PERRINO, Pablo E., “Reforma al régimen jurídico del contrato administrativo de concesión de obra pública, infraestructura y servicios públicos, Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, *La Ley*, ejemplar del 5-8-2024, LA LEY Ar/doc/1804/2024. Para este autor, esta omisión podría ser subsanada, entre otras, por vía reglamentaria.

45 Este bloque de legalidad se encontraría configurado por las Leyes 24.076 y modif., 24.065, 19.798 y 27.078, Decretos 656/94 y N° 44/91 (PERRINO, Pablo E., ya cit., nota 41).

46 Esta ausencia se inscribe en el desplazamiento de la ley por el contrato, dado que esta previsión probablemente será prevista en la documentación licitatoria y contractual, de así considerarse. La ley deja de ser una fuente limitativa tanto de la Administración como del particular administrado en la relación iusadministrativa.

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

48 La Ley de Bases sigue los estándares de la Ley 27.328 en muchas de sus disposiciones, singularmente en cuanto interviene sobre la relación de subordinación jurídica que por naturaleza caracteriza a la relación ius administrativa, otorgando al contratista derechos que no se encuentran en el régimen común de la contratación administrativa perfilado por el Decreto N° 1023/01. Esto admite una justificación axiológica en el campo de aplicación de la segunda dado que podría ser considerada, dentro de lo jurídicamente opinable, como un régimen de fomento; pero no encuentra fundamento suficiente en el marco de la Ley de Bases que no reviste tal carácter. Nótese que uno de los elementos que impiden considerar a un régimen como de fomento es la falta de limitación temporal de los beneficios que confiere (v. RODRÍGUEZ María José, “El fomento como forma de la intervención administrativa: la promoción industrial en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación” en AAVV, Servicio Público, Policía y Fomento, Ediciones Rap, pp. 679-708). En tal sentido, como advierte Perrino, la Ley de Bases no fija un plazo máximo para los contratos que se celebren en su marco a diferencia de lo que acontece con los contratos denominados de participación público privada (v. PERRINO, Pablo E., ya cit.). Por otra parte, cabe tener presente que la aplicación de la Ley N° 27.328 es reglada y subsidiaria, en tanto su art. 1° prescribe que “Los contratos de participación público-privada

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

Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión podrán ser sometidas a consideración de un panel técnico o tribunal arbitral a solicitud de cualquiera de ellas.

Los paneles técnicos estarán integrados por profesionales independientes e imparciales, en todos los casos de acreditada idoneidad y trayectoria en la materia. Estos órganos tendrán competencia para intervenir, componer y resolver las controversias de índole técnica, de interpretación del contrato y económica o patrimonial que pudieran suscitarse durante su ejecución o extinción, aplicando a tal fin criterios de celeridad y eficacia en la tramitación de los conflictos que resulten compatibles con los tiempos de ejecución de los contratos.

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

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

Resuenan las palabras de Esteve Pardo consagradas en el título de una de sus obras, mencionada ya en este trabajo: “De la Ley al contrato, así se abre el camino a la desigualdad”⁴⁹.

podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer”. Y que la clave de bóveda de aplicación de su régimen reside en que se trate de obras *que no se financien sustancialmente con fondos del Tesoro* (v. art. 1º, *in fine*, Reglamento aprobado por el Decreto 118/17). De tratarse de obras que se financian sustancialmente con fondos del Tesoro, corresponde la aplicación del régimen perfilado por la Ley 13.064 (v. RODRÍGUEZ, María José, “La huida...”, ya cit.). En efecto, tal como explica Cassagne, “Como condición básica para la implementación del financiamiento *privado* de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica...” (v. CASSAGNE, Juan C., “El contrato administrativo”, Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, 3º edición, pp. 274-275–el resaltado es propio–, cit. por PERRINO Pablo en ya cit., nota 75).

49 ESTEVE PARDO, José, ya cit.

4. PROGNOSIS CONCLUSIVA

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

Pero aun congruente con el modelo al que adscribe, exhibe algunos aspectos observables desde la economía general del ordenamiento constitucional vernáculo.

Puntualmente, al modificar el art. 1º de la LNPA –de singular trascendencia en tanto define el ámbito de predicación subjetiva de este plexo– postula en el inciso c) del aludido artículo, una vinculación positiva de la Administración extremadamente lata y difusa que desnaturaliza el principio de legalidad de la Administración, vaciándolo prácticamente de contenido imperativo y creando una suerte de “zona franca” para la Administración.

El legislador abdica en definitiva de su función legisferante al sancionar normas que deberán ser integradas por la voluntad de la Administración y puestas incluso en acto a través del concurso de la iniciativa del particular administrado sin pautas legales suficientes. Esta suerte de “delegación” que no se ajusta por cierto a los parámetros del art. 76 CN, a nuestro juicio, podría calificar, en el ordenamiento jurídico argentino, como una virtual inconstitucionalidad por omisión⁵⁰. Ello, por insuficiencia de la ley formal, en tanto deslegaliza atribuciones que la propia CN ha conferido al legislador como órgano que debe determinar el Bien Común o interés público con la precisión debida⁵¹.

En lo tocante a la contratación administrativa, esta, luego de la modificación efectuada por la Ley de Bases, exhibe una fisonomía más fragmentada producida por categorías de contratos que se apartan del plexo general de la contratación administrativa perfilado oportunamente por el RCAN⁵², cuyo dictado tuvo vocación omnicompreensiva (v. arts. 1º, 4º y 5º, Decreto delegado N° 1023/01).

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

50 Categoría reconocida en Fallos 344:3011, entre muchos otros.

51 V. al respecto, BARRA Rodolfo C., *Los actos administrativos contractuales...*, ya cit., pp. 18-20.

52 V. art. 12 *bis*, Ley 17.520, texto incorporado por el art. 72 de la Ley de Bases: “No serán de aplicación directa, supletoria ni analógica a las contrataciones sujetas a la presente ley: a) El decreto 1023/01 sus modificatorios y su reglamentación; b) Los artículos 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias. El pago del precio del contrato y/o la remuneración del concesionario constituyen una obligación de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación, sea o no de curso legal en el país. El Estado nacional sólo se liberará si el concesionario percibe las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes.”; v. en similar sentido, art. 31, Ley 27.328.

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

Teniendo en cuenta que la teoría de la contratación administrativa exhibe desarrollos dogmáticos suficientes⁵³ que justifican una regulación unitaria, consistente y sistémica de los aspectos comunes de la categoría, cabe hacer votos para que el legislador recupere la apuntada unidad que supo concretar el RCAN.

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

Y revertir así el retroceso normativo producido, a partir de la yuxtaposición inorgánica de plexos que han sustraído, progresivamente, tipologías de contratos del ámbito de aplicación del RCAN, fulminando su aplicación⁵⁴ y generando un archipiélago de regulaciones⁵⁵ en lugar de la frustrada unidad.

La norma legal que propiciamos debería consagrar asimismo en su texto, las prerrogativas de la Administración necesarias para la protección del interés público, las garantías de los particulares, y las modulaciones regulatorias que las diferentes categorías contractuales realmente reclamen.

El dictado de este cuerpo normativo será asimismo una ocasión propicia para enmendar defectos técnicos e inconsistencias⁵⁶ que presenta el capítulo II del Título III de la Ley de Bases en lo tocante a la regulación de los contratos de concesiones

53 V. CASSAGNE, Juan C., “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, *El Derecho - Diario*, T. 180, p. 773, 23-01-1999, ED-DCCLXV-58; BARRA, Rodolfo C. “Los actos administrativos contractuales”, ya cit.; por su parte, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Címero ha consagrado la categoría del contrato administrativo en los casos “Dulcamara” (Fallos 313:376), “Cinplast” (Fallos 316: 212), “Pluspetrol” (Fallos 330: 2286); también la PTN, singularmente, en Dictámenes 239:418.

54 V. art. 12 *bis*, Ley 17.520, texto incorporado por el art. 72, Ley de Bases.

55 Estas normas, por otra parte, impiden cimentar una “unidad en la diversidad” dado que responden a filosofías y paradigmas contrapuestos que corresponden a perspectivas en muchos sentidos, opuestas, reflejo de políticas pendulares. De allí que el resultado es un conjunto normativo que luce fragmentado y carente de consistencia y unidad de sentido.

56 V.gr., el art. 66, Ley de Bases que adicionó en el tercer párr. del art. 1º Ley 17.520, la referencia inapropiada a los servicios públicos; también el art. 73, Ley de Bases, que debió ser ubicado en el Título III, Capítulo I y no en el Capítulo II (aspectos indicados por PERRINO Pablo E., en ya cit., app. I y IV.1).

de obras e infraestructuras públicas y servicios públicos, e incluso para subsanar superposiciones o duplicaciones de este capítulo con la Ley 27.328⁵⁷.

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ

Es Magíster en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Tributario, por la Universidad Austral. Profesora Titular de Derecho Administrativo en grado en la Universidad del Museo Social Argentino y de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza y de la Universidad Austral. Profesora del Master 2 (franco-alemán) Droit des collectivités territoriales et coopération transfrontalière, de la Universidad de Lorraine, Metz- Sarreguemines, Francia. Directora Académica de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Fue Directora Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación y Directora de la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA). Autora de dos libros y publicaciones varias sobre la especialidad.

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

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
Facultad de Derecho



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Diciembre de 2024

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Celeste / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2024.

548 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-1-6

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucia Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomó Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

**LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JURISTAS Y LEGALES FISCALISTAS DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de jueces y fiscalistas de la
República Argentina



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL