

# Tendencias actuales y proyección futura del Derecho Administrativo argentino

*SUMARIO:* 1. ESBOZO ACERCA DE LA EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO. 2. LAS TENDENCIAS INSTITUCIONALES REMARCABLES DE NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO. 2.1. LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CREADOR DE DERECHOS. 2.2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. 2.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. 2.4. LA CATEGORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO. 2.4.1. *El requisito de la publicatio*. 2.4.2. *Tendencias y principios de interpretación*. 2.4.3. *El nuevo cuadro de principios y reglas establecidos por la situación de emergencia*. 3. TRANSFORMACIONES OPERADAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: VIGENCIA DE LA CATEGORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. 4. SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y TÉCNICAS DEL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## 1. ESBOZO ACERCA DE LA EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Cualquiera que recorra el camino de la observación del mundo jurídico puede ver —aun si profesa alguna creencia positivista— que ese mundo encierra una paradoja permanente entre una caracterización estable y otra dinámica.

Mientras la estabilidad viene dada por la supervivencia de los elementos clásicos, y fundamentalmente por la vigencia de los principios generales del Derecho como herramientas que afirman la realización de una justicia natural, el dinamismo se caracteriza por la fuerza inter-

mitente que potencia el proceso de transformación de las instituciones para adaptarlas a la realidad socioeconómica y política de cada época histórica.

En la búsqueda de un justo equilibrio entre el orden, el poder, las libertades y demás derechos fundamentales del hombre se encuentra la clave para resolver los problemas que agitan a la sociedad política<sup>1</sup>.

El proceso dialéctico es antiguo y las recetas para superar las crisis que cada tanto genera el desgobierno de los políticos o el abuso del poder público sobre los ciudadanos precisan contar con un fondo moral y una acción estatal que apunten a la realización del bien común con realismo y equilibrio, desechando los enfoques idealistas y materialistas que en algún momento tuvieron su auge en el mundo pero que, en la actualidad, resultan tan arcaicos como la lucha de clases que postula el marxismo o los enfoques exclusivamente economicistas que predicán los sectores que despojan a la economía de mercado de su sentido social.

Argentina atraviesa hoy día una de las crisis más profundas y radicales de su existencia institucional. En ese contexto, confirmando una vez más que toda crisis genera un exceso de raciocinio, han despertado muchos ideólogos de su letargo, propugnando determinados cambios institucionales a tono con las ideas colectivistas que predicán, abusando, por cierto, del método discursivo.

Esos pensadores (para llamarlos de algún modo) utilizan la idea como instrumento de la acción política con tanta intensidad y virulencia que la terminan gastando sin aguardar el consenso democrático espontáneo dentro de la sociedad.

En cierto modo, emplean una técnica similar a la que utilizaba POE para elaborar sus cuentos, la cual consiste en afirmar primero la

---

<sup>1</sup> Cfr. Maurice HAURIUO, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad. del francés por Carlos Ruiz del Castillo, p. XXXIX, Ed. Reus, Madrid, 1927. Apunta el gran Doyen de Toulouse en el Prólogo a esta edición española que: «En su larga carrera, la civilización mediterránea ha atravesado ya por varias crisis y ha experimentado varias fluctuaciones. Durante los siglos IV y V de nuestra Era, al presenciar el espectáculo de la descomposición del orden romano y las invasiones de los bárbaros, creyeron muchos contemporáneos que todo se perdía, y, sin embargo, todo iba a renacer. No debemos juzgar esta civilización como si no hubiera sufrido nunca eclipses, tras de los cuales volvió a brillar. Está habituada a las restauraciones, "fluctuat nec mergitur". La actual decadencia se explica por el desbordamiento de materialismo que ha seguido a la acumulación de las riquezas producidas por las aplicaciones de las ciencias físicas; se explica también por el desarrollo del espíritu crítico, debido al acrecentamiento del poder de la prensa. Es natural que las creencias civilizadoras se hayan debilitado. Pero no ofrece este fenómeno ninguna novedad, pues también conoció el materialismo la civilización antigua, y, en cuanto al espíritu crítico y la libertad de discusión, los encontró ya en su cuna la civilización cristiana. El Cristianismo pudo propagarse gracias al apostolado y la evangelización; sus dogmas se han discutido públicamente en los Concilios, en medio de la continua contradicción de las herejías y de los cismas» (*op. cit.*, pp. V y VI).

idea y luego reconstruir su desarrollo en forma retroactiva<sup>2</sup>, alterando artificialmente los elementos reales del proceso histórico que hace a la vida de las instituciones. De todo se descrea y no se reconocen verdades ni sustancias. Es el reino de la duda metódica de DESCARTES.

Pero el triunfo de estos planteos es transitorio y a la larga termina imponiéndose lo real, demostrando la inutilidad de la crítica que se gesta desde el egocentrismo y las ideas preconcebidas. Se olvida que Dios —como dice un proverbio portugués— «escribe rectamente con líneas torcidas» y que es tarea inservible el pretender matarlo todos los días a través del desarrollo de las doctrinas de la Revolución Francesa<sup>3</sup>, principalmente de las doctrinas kantianas; como continuación de ese proceso se impulsa el cambio institucional al compás de típicos movimientos hegelianos cuya finalidad principal es deformar la realidad, predicando el cambio por el cambio mismo. Esta crítica no apunta a frenar las sanas reformas evolutivas o radicales que suelen demandar las instituciones por imperio del bien común.

El vaciamiento de los fundamentos del Derecho es otro de los grandes peligros que afronta el sistema jurídico, que corre en forma paralela con la exacerbación del espíritu crítico y destructivo del orden social, modelado en una arquitectura inspirada en una filosofía nihilista que desde sus raíces ha pretendido poner el eje de la filosofía en el sujeto, desplazando el realismo centrado en la sustancia o realidad de las cosas.

A ese bagaje de desaciertos que ha venido influenciando la evolución de algunas de las instituciones del Derecho Público argentino se le añade, como moda de turno, la tendencia a importar institutos de otros Derechos que cuentan con una tradición e idiosincrasia diferentes a la realidad vernácula.

Se trata, como lo señaló ALBERDI en varias partes de su magnífica obra jurídica (producida sobre todo durante su largo exilio), de la manía, que padecen algunos juristas nacionales en aras de un comparatismo propio de «petímetros» del Derecho, de considerar que nuestra Constitución es una copia de la norteamericana<sup>4</sup>, lo cual constituye una gran inexactitud científica e histórica, susceptible de producir consecuencias perjudiciales para la armonía del sistema prescrito en nuestra ley fundamental.

En efecto, si ello fuera cierto, nada mejor que seguir los criterios legales, doctrinarios y jurisprudenciales del Derecho estadounidense. Pero como nuestra Constitución abreva en otras fuentes y tiene grandes

<sup>2</sup> Vid. Fernando PESOA, *Eróstrato y la búsqueda de la inmortalidad*, Ed. Emecé, Buenos Aires, 2001, p. 123, nota 49 *in fine*.

<sup>3</sup> Albert CAMUS, *El hombre rebelde*, Ed. Lozada, Buenos Aires, 1975, p. 111 y ss.

<sup>4</sup> Juan Bautista ALBERDI, *La República Argentina en 1880*, Ed. Imprenta de Pablo Coni, Buenos Aires, 1881, p. 71.

diferencias con la norteamericana, esa operación fracasa al estrellarse con preceptos distintos, arraigados en nuestra tradición jurídica.

Nadie puede desconocer, desde luego, la influencia que tuvo la Constitución norteamericana en la nuestra, especialmente en lo que atañe a las instituciones que se vinculan con la forma federal de gobierno que ambas establecen. Pero de allí a pretender una desnaturalización de las fórmulas vernáculas o europeas adaptadas a nuestra realidad política a través del simple expediente de acudir a las tendencias institucionales del Derecho norteamericano media un abismo que nos puede sumir en la inseguridad jurídica, al menos en el terreno interpretativo.

Los ejemplos sobran y uno de los más significativos tiene como epicentro la tesis según la cual las instituciones del Derecho Procesal Administrativo argentino, para que sean constitucionalmente legítimas, tienen que ser absolutamente fieles al modelo norteamericano, ignorando que nuestro sistema es más judicialista que aquél (el cual degeneró en el reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria) por imperio de un precepto expreso de nuestra Carta Magna<sup>5</sup>, cuya filiación histórica hunde sus raíces en la Constitución chilena de 1833<sup>6</sup>, en nuestro Derecho preconstitucional<sup>7</sup> y en la Constitución liberal de Cádiz de 1812 (denominada vulgarmente la Pepa, cuya respectiva cláusula revela una gran similitud con la fórmula constitucional chilena).

Pues bien, es evidente que esas deformaciones y otras que se pretenden imponer por el apego a las modas de turno amenazan también la seguridad jurídica del sistema constitucional (cuya originalidad y adaptabilidad a la realidad argentina ha sido motivo de numerosos estudios<sup>8</sup>) tanto como la importación de instituciones que, al chocar con nuestra idiosincrasia (vgr., audiencias públicas), terminan deformando la finalidad que persiguen.

---

<sup>5</sup> Ex art. 95, actualmente art. 109 de la CN.

<sup>6</sup> Art. 108 de la Constitución chilena de 1833.

<sup>7</sup> Art. 7 del Reglamento del 22 de octubre de 1811. Es notable que esta norma haya precedido a una semejante contenida en la Constitución de Cádiz de 1812.

<sup>8</sup> Véanse, entre otros: Segundo V. LINARES QUINTANA, *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, p. 41 y ss.; Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1958, p. 81 y ss., quien anota que, habida cuenta las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la norteamericana, tales diferencias «demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU.» (p. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se base en el modelo francés de 1791 (p. 89); Juan J. DÍAZ ARANA, (h), *Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1947, p. 37 y ss. y Jorge Reynaldo VANOSI, *El carisma de una Constitución perdurable*, publicación de los Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 708.

En suma, la evolución de las instituciones se agudiza en los momentos de crisis como los que actualmente padece la Argentina y muestra el lado oscuro del Derecho que caracteriza los períodos de anormalidad jurídica, donde impera la doctrina de la emergencia que comprime el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, particularmente en el campo de las relaciones contractuales.

El desafío más grande estriba en la instrumentación de fórmulas de equilibrio y de justicia, muchas veces también de equidad, para pasar de la situación de emergencia a un Estado donde prevelezcan la estabilidad de las instituciones, el reconocimiento de los derechos de las personas frente al Estado y la seguridad jurídica.

## 2. LAS TENDENCIAS INSTITUCIONALES REMARCABLES DE NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO

Tras sumergirse en un proceso de acendrado estatismo y socialización, al que sólo escaparon algunos países como los Estados Unidos de Norteamérica, nuestro Derecho Administrativo emprendió el camino de la huida del Derecho Público y, en alguna parte de la evolución de ese proceso, parecía inclinarse decisivamente hacia la aplicación de las instituciones del Derecho civil y comercial, reemplazando las propias del Derecho Público.

Este proceso que tuvo muchas causas (entre ellas la burocracia ineficiente y las malas administraciones de las empresas públicas), no sólo se ha detenido, sino que ha dado lugar en nuestro país a un verdadero renacimiento de las instituciones del Derecho Público (tal como ocurre en Europa y en los EE.UU.), algunas de cuyas categorías tradicionales han vuelto a cobrar tanta o mayor trascendencia, tales como el servicio público y las figuras concesionales.

En lo que sigue intentaremos una reseña que muestra las transformaciones operadas en las principales instituciones de nuestro Derecho Administrativo, que tuvieron comienzo poco antes de la segunda mitad del siglo pasado, las cuales mantienen vigencia en la actualidad, aun con la movilidad típica de un Derecho en constante formación (*in fieri*).

### 2.1. LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CREADOR DE DERECHOS

La primera gran transformación que sacudió a nuestro Derecho Administrativo fue, sin duda, la creación jurisprudencial pretoriana de la llamada «cosa juzgada administrativa» en el año 1936 por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso «Carman de Cantón»<sup>9</sup>. ¿Qué estaba en juego? Nada menos que la autonomía de nuestro Derecho Público y la protección de los derechos individuales, particularmente los de propiedad y de libertad.

Esta tendencia a impedir la revocación en sede administrativa de los actos regulares o de aquellos que contenían vicios de nulidad relativa se consagró en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, dictada en 1972, que, al incorporar los preceptos respectivos en los arts. 17 y 18, marcó un adelanto científico de envergadura, incluso de cara al Derecho comparado.

Sin embargo, interpretaciones posteriores (como la que sostiene la posibilidad de una revocación de oficio en sede administrativa cuando el particular ha tenido un simple conocimiento del vicio) han disminuido el alcance de la protección legal que brindaban aquellas prescripciones<sup>10</sup>.

## 2.2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Al superarse las doctrinas negatorias de la responsabilidad del Estado y aquellas que exigían que fuera establecida por una legislación especial, se dio un paso de importancia al fundar esa responsabilidad en los principios que conforman el Estado de Derecho, entre los que adquiere mayor gravitación el de igualdad ante las cargas públicas, que proclama el art. 16 de la CN<sup>11</sup>.

De ese punto, por influencia directa de la doctrina en la jurisprudencia<sup>12</sup>, como lo ha admitido aquella<sup>13</sup>, se pasó al reconocimiento de una responsabilidad directa y objetiva por las denominadas faltas de servicio, utilizando la norma prescrita en el art. 1112 del Código Civil.

<sup>9</sup> Publicado en JA, T. 55, pp. 376 y ss., con nota de BIELSA.

<sup>10</sup> Véase Julio R. COMADIRA, con la colaboración de Laura MONTI, *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 365 y ss.

<sup>11</sup> Para un desarrollo completo de la evolución operada pueden consultarse: Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. IV, 3.<sup>a</sup> ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 692 y ss., y Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, T. I, 7.<sup>a</sup> ed., Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 480 y ss.

<sup>12</sup> Caso «Vadell c/ Prov. de Buenos Aires», Fallos, 306:2030, y en ED, 114-215, con nota nuestra, *La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte*.

<sup>13</sup> Pablo Esteban PERRINO, *La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio*, ED, 185-781, y «Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita», en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 59 y ss.

A su vez, la responsabilidad del Estado se extendió a los daños causados por su actividad legítima o lícita, quedando pendiente la cuestión que atañe al alcance de la indemnización, el reconocimiento o no del lucro cesante, donde las opiniones doctrinarias aparecen divididas<sup>14</sup> y la jurisprudencia no termina de asentarse<sup>15</sup>.

### 2.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La influencia que han proyectado los principios generales del Derecho Administrativo (tanto los de carácter institucional como los pertenecientes a un sector o materia) ha sido reconocida en nuestro país por la doctrina<sup>16</sup> y se encuentra también reflejada en la jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como culminación del proceso de recepción de los principios generales del Derecho en el plano público, últimamente se postula entre nosotros, al igual que en el Derecho comunitario, el principio de la confianza legítima<sup>17</sup>.

### 2.4. LA CATEGORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

Si se penetra en el centro del problema se advierte que la institución del servicio público precisa de una justificación y delimitación adecuadas para atribuirle sentido en un mundo que vuelve, con todos los matices y peculiaridades diferenciales, al juego de las leyes del mercado, aunque, ahora, bajo el arbitraje de un Estado que actúa en defensa de la competencia.

Esa delimitación (que achica el campo de la noción tradicional) se opera en tres sentidos, al circunscribirse, en primer lugar, a las actividades que resultan primordiales<sup>18</sup> o esenciales<sup>19</sup> para la satisfacción de las

---

<sup>14</sup> Véanse: Miguel S. MARIENHOFF, *El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado*, ED, 114-956; María Graciela REIRIZ, «Responsabilidad del Estado», en *El Derecho Administrativo Hoy*, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 228; Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho...*, cit., T. I, pp. 557 y ss. En contra: Alberto B. BIANCHI, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, 1999, p. 168 y ss., si bien acotando su extensión.

<sup>15</sup> Cfr. Julio R. COMADIRA, con la colaboración de Laura MONTI, *op. cit.*, pp. 395-396. Fallos, 310:943 («Motor Once SAIC»); Fallos, 312:2308/2310 («Jucalán»); Fallos, 301:403 («Cantón»).

<sup>16</sup> Sobre la configuración y fundamento de estos principios nos remitimos a la doctrina que desarrollamos en *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 25 y ss.

<sup>17</sup> Pedro José COVIELLO, *La confianza legítima*, ED, 177-894.

<sup>18</sup> Conf. Juan Francisco LINARES, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, pp. 512-513, a quien seguimos en este punto. Véase también, en la línea doctrinaria que propugna una concepción restringida de la noción: Rodolfo Carlos BARRA, *Hacia una concepción*

necesidades de la comunidad que no resulta posible llevar a cabo mediante un régimen de libre competencia. Estas actividades económicas deben ser gestadas por los particulares. No es función del Estado perseguir el lucro ni crear la riqueza (como decía HAURIOU), y en esta idea subyace otra clarísima aplicación del principio de subsidiariedad.

Por otro lado, mientras la técnica del servicio público se limita a las prestaciones de naturaleza económica que crean o generan relaciones singulares con los habitantes donde las inversiones se retribuyen con el producido de la explotación de la actividad en los llamados servicios sociales o asistenciales<sup>20</sup>, el principio fundamental aplicable es el de la solidaridad. En estos casos –a diferencia de los servicios públicos–, la responsabilidad por la satisfacción de las necesidades sociales recae directamente sobre el Estado, o bien resultan satisfechas por los particulares mediante el otorgamiento de subvenciones o subsidios.

El último de los resguardos que permite frenar la fuerza expansiva, que había adquirido, en su momento, la institución del servicio público, se vincula con el carácter obligatorio<sup>21</sup> que precisa reunir la prestación privada para ser regida por el Derecho Administrativo a través de un régimen especial.

Como puede advertirse, las notas centrales de la noción (satisfacción de necesidades primordiales, contenido económico de la prestación y obligatoriedad) se encuentran estrechamente relacionadas con el nuevo sentido que persigue la figura al propugnar la competencia en todo el residuo de actividades privadas, las que, aun cuando sean de interés público, no se rigen, en tanto sea admisible el ejercicio de las libertades del mercado, por el régimen administrativo del servicio público.

El principio de la competencia explica la razón por la cual, también en aquellos supuestos donde los marcos regulatorios y las respectivas concesiones o licencias consagran privilegios de exclusividad, se imponga a los prestatarios la obligación de «libre acceso» (*open access*) a la red de transporte (gas, electricidad, telefonía básica)<sup>22</sup>.

---

*restrictiva del concepto jurídico del servicio público*, LL, 1983-B, 363, y Juan Ramón DE ESTRADA, *Enseñanza privada y servicio público*, ED, 119-955.

<sup>19</sup> Conf. José Luis MEILÁN GIL, «El servicio público en el derecho actual», *REDA*, n.º 17, Buenos Aires, 1994, punto II.1.

<sup>20</sup> Véase Jorge H. SARMIENTO GARCÍA, «Noción y elementos del servicio público», en la obra colectiva *Los Servicios Públicos*, Buenos Aires, 1994, pp. 9-10, que sostiene que no considera conveniente englobarlos en la categoría del servicio público por ser su régimen diferente.

<sup>21</sup> Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado...*, *cit.*, T. II, ps. 81-83, Buenos Aires, 1993, pp. 81-83; Juan Francisco LINARES, *op. cit.*, pp. 610-511. La nota de obligatoriedad ya había sido advertida, en Italia, por Arnaldo DE VALLES («I servizi pubblici», en el *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, dirigido por ORLANDO, T. VI, Milano, 1930, pp. 614 y ss.).

<sup>22</sup> Tony GILLAND y Peter VASS, *Regulatory Review 1993*, Centre for the Study of Regulated Industries, London, 1993, explican el concepto de *open access* al sostener que la pro-

Pero aún no ha caído el telón en este vasto escenario jurídico que acota la noción jurídica del servicio público. Para completar la escena faltan todavía dos elementos: la *publicatio*, que requiere también de una adaptación al nuevo sentido del concepto, y el régimen especial o exorbitante<sup>23</sup> (del que sólo haremos referencia a determinados principios que deben regir en materia de interpretación).

#### 2.4.1. *El requisito de la publicatio*

En efecto, la concepción del servicio público aparece, en las tendencias doctrinarias elaboradas en este siglo, completada con esas dos características, que pronto pasan a asumir un papel fundamental para dicha categoría jurídica. La primera, relativa al régimen jurídico especial del servicio público, fue desenvuelta, principalmente, por la escuela de Burdeos, destacándose, actualmente, como aspecto principal y distintivo, el carácter obligatorio de la prestación. En cambio, la segunda nota, sostenida por VILLAR PALASÍ y la mayoría de la doctrina española que abordó el tema a partir de 1950, pone el acento en la declaración formal de asunción de la titularidad de una determinada actividad por parte del Estado (*publicatio*).

Y cuando parecía haberse superado el llamado problema de la crisis del servicio público, que tuvo su génesis en las nacionalizaciones producidas al finalizar la segunda guerra mundial y la consecuente asunción de su gestión por el Estado, se produjo, en un movimiento circular, a raíz del proceso de privatizaciones, una vuelta de tuerca en la concepción del servicio público, que volvió a ser una técnica de gestión esencialmente privada<sup>24</sup>.

Ese retorno no es casual. Antes bien, es el resultado de la necesidad de adaptar el régimen jurídico del servicio público, prestado hasta entonces por el Estado, a una realidad que plantea la limitación del poder público y la aparición de las cargas y garantías de los concesionarios en forma paralela a la protección de los derechos (sobre todo las libertades) de los usuarios.

---

moción de competencia en el mercado no trata sobre competencia para obtener redes alternativas de transporte, sino que trata de facilitar acceso en igualdad de condiciones a productores ubicados sobre la red que compiten entre sí, evitando conductas discriminatorias del propietario de la red en beneficio de su propia fuente de producción.

<sup>23</sup> Jean François LAUCHAME, *Grands Services Publics*, París, 1989, p. 23, indica que el régimen exorbitante del Derecho Privado constituye más una consecuencia de la presencia de un servicio público que un elemento de su definición.

<sup>24</sup> Nos hemos ocupado de este problema en dos trabajos: *Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público*, ED, 161-857, y *El servicio público y las técnicas concesionales*, LL, 1995-C, 1174.

Hay que puntualizar también que, al privatizarse algunas actividades que no satisfacen necesidades primordiales de los habitantes, se opera una transferencia de la titularidad pública hacia la privada (vgr., la actividad de radiodifusión y televisión) sin escapar a la regulación estatal, justificada por el hecho de tratarse de actividades de interés público<sup>25</sup>, lo que, en definitiva, implica acotar la tendencia expansiva que había alcanzado la institución del servicio público.

Este proceso ha desorientado a más de una cabeza doctrinaria y por ahora, resulta incierto predecir cuál será la tesis que prevalecerá en el campo jurídico del futuro. En efecto, hoy están desde los que siguen aferrados al criterio clásico, los que proponen directamente suprimirlo o reemplazarlo con categorías provenientes del Derecho anglosajón como el servicio universal, hasta los que estamos intentando combinar los elementos originarios y sus notas complementarias con los principios de una nueva realidad económica, asumida como tal por la política legislativa.

En ese contexto, uno de los primeros intentos ha consistido en la pretensión de suprimir la *publicatio* como nota central de la categoría del servicio público<sup>26</sup>, como si esta figura fuera la causante del régimen autoritario y estatista que llegó a caracterizar el servicio público en determinadas épocas históricas.

Sin embargo, lo único que implica la *publicatio* es la transferencia –fundada en la necesidad<sup>27</sup> y trascendencia social– de la titularidad privada a la pública, o bien, cuando de privatizaciones se trata, viene a fundamentar la regulación económica estatal, por el régimen del servicio público a través de la gestión privada de una determinada actividad. Todo lo demás que suele achacársele a la *publicatio* no es más que aquello que es propio del régimen jurídico especial que tipifica a los servicios públicos y, a lo sumo, traduce discrepancias (en su mayor parte fundadas) con la decisión estatal de disponer la *publicatio* en sectores donde es posible un régimen de actividad económica abierto y compe-

---

<sup>25</sup> Juan Carlos CASSAGNE, *La Intervención Administrativa*, 2.ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 38 y ss.

<sup>26</sup> Véase Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *Servicio Público y Telecomunicaciones*, publicación de la Universidad Autónoma de Madrid, de 1995, que reproduce la conferencia del autor en las *Jornadas Internacionales de Servicios Públicos*, realizadas en Mendoza en octubre de 1994.

<sup>27</sup> Para CITARA, la declaración formal que justifica la calificación legal de una determinada actividad como servicio público es «la conciencia pública de una necesidad comunitaria que, por los motivos propios de la situación del momento, se entiende debe ser satisfecha por el Estado» (Rubén M. CITARA, *El Servicio Público*, Parte I, Buenos Aires, 1995, p. 93). Al respecto, puntualiza que esa necesidad no debe ser de aquellas que pertenecen primariamente al campo de acción de los particulares y que la declaración formal está limitada por el principio de subsidiariedad (*op. cit.*, p. 60).

tivo. Por lo demás, la *publicatio* no implica atribuir al Estado derecho real alguno. En rigor, ella traduce la incorporación de una actividad al sistema del Derecho Público y tan sólo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial. En cualquier caso, esa declaración formal, que debe ser efectuada siempre por el poder legislativo, se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad, del que se desprende, a su vez, la idea de acotar el servicio público a las actividades esenciales o primordiales que satisfacen necesidades públicas.

En una línea similar, en la doctrina española se ha sostenido que el principio del Estado social de Derecho y el papel medular que, en dicho sistema, cumplen los derechos fundamentales imponen una doble limitación al servicio público como título de intervención del Estado, por aplicación de la norma contenida en el art. 128.2 de la CE, se encuentra limitado por la eficacia de los derechos fundamentales y el carácter esencial que tipifica la actividad<sup>28</sup>.

En suma, la declaración formal no posee contenido patrimonial alguno que le permita ejercer al Estado el dominio sobre el servicio concedido o los bienes a él afectados. Por esa causa, va de suyo que la *publicatio* nunca justifica el desplazamiento del concesionario y la correlativa asunción de la gestión directa del servicio público por parte del Estado.

En relación a este requisito se ha señalado que el gran cambio en los servicios públicos de los años noventa consiste en aceptar la compatibilidad de las cargas y prerrogativas de Derecho Público con la competencia dentro y fuera del servicio<sup>29</sup>, con lo que estamos de acuerdo. Pero de ahí a sostener que hay que abandonar la idea de la *publicatio* específica para reemplazarla por una noción ambivalente o, si se quiere, polifacética, como es la noción de regulación económica<sup>30</sup>, media una gran distancia y sólo la tecnología del futuro nos dirá si la distribución del gas o de la electricidad –por ejemplo– podrá llevarse a cabo

---

<sup>28</sup> Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo Español*, conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Servicios Públicos organizadas por la Universidad Nacional de Cuyo y el Instituto de Derecho Administrativo de dicha ciudad, septiembre de 1994. Señala al respecto que el carácter esencial que les atribuye el art. 128.2 de la CE a los servicios públicos «impide la extensión del régimen jurídico de servicio público a otro tipo de actividades que no reúnan ese carácter; en otras palabras, impide considerar a cualesquiera empresas públicas como servicios públicos en todo caso».

<sup>29</sup> Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

<sup>30</sup> El término regulación económica, o, en una de sus modernas acepciones, «regulación incentiva», significa simplemente la idea que la mejor forma de regulación es aquella que alienta naturalmente a la empresa regulada a comportarse en el interés de sus clientes, suministrando calidad por dinero, sin que los reguladores se involucren en decisiones puntuales de la compañía (Sir Bryan CARSBURG, *Incentive Regulation*, Centre for the Study of Regulated Industries, London, 1992, p. VII).

bajo un régimen abierto de competencia, como también si la exclusividad<sup>31</sup> o el monopolio y las prestaciones obligatorias desaparecerán de los futuros regímenes jurídicos a raíz de las innovaciones tecnológicas<sup>32</sup>.

Mientras tanto, seguirá siendo necesario distinguir –en el campo de la regulación económica– los servicios públicos de las llamadas actividades de interés público, porque el problema que plantea la naciente realidad no se resuelve con la unificación de todas las regulaciones, sino más bien con el reconocimiento de la especialidad y diversidad que posee el servicio público, en relación con otras actividades de interés público que no se imponen como prestaciones obligatorias. En la actualidad, el servicio público se desenvuelve en un marco tendente a segmentar los mercados y generar la máxima libertad compatible con la calidad y eficiencia de las respectivas actividades que, en algunos ordenamientos como el argentino<sup>33</sup>, se ha transformado en un deber del Estado.

#### 2.4.2. Tendencias y principios de interpretación

En ese contexto surgen nuevos principios y criterios de interpretación, tales como: 1) el de subsistencia de la gestión privada (que constituye un derivado del de subsidiariedad), que impide que la reversión<sup>34</sup> y el rescate<sup>35</sup> configuren poderes implícitos, habiéndose previsto en algunos regímenes (vgr., el de electricidad) fórmulas de continuidad de la gestión privada al término de la concesión<sup>36</sup>; 2) el de flexibilidad interpretativa a favor de la estabilidad de la concesión y su finalidad especí-

<sup>31</sup> Véase Miguel S. MARIENHOFF, *Los «privilegios en el derecho público» (exclusividad; monopolio; exención impositiva). Lo atinente a la «reserva de zona». La «zona de influencia»*, ED, 162-1200.

<sup>32</sup> Smith, S. KINNIE (jr.), «Future Structures for the Regulated Energy Industries Intra-muros the United States», *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 13, n.º 2, mayo 1995, p. 74, analiza la regulación del servicio público en el mercado energético del futuro.

<sup>33</sup> Conf. art. 42 CN. Se ha señalado que el mal funcionamiento de los servicios públicos deslegitima al Estado: Antonio MARTÍNEZ MARÍN, *El Buen Funcionamiento de los Servicios Públicos*, 2.ª ed., Madrid, 1990, pp. 17 y ss.

<sup>34</sup> Hace algunos años, GARCÍA DE ENTERRÍA sostuvo que la reversión no era una cláusula política, sino económica («El dogma de la reversión de las concesiones», en el libro *Dos Estudios sobre la Usucapión en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1974). En su momento, ARIÑO ORTIZ propició la atenuación del rigor del dogma de la reversión al propiciar la eliminación de la reversión gratuita cuando no se habían amortizado las inversiones del concesionario: véase «El Servicio Público como alternativa», *REDA*, n.º 23, Madrid, 1979, pp. 537 y ss., especialmente p. 556; en el mismo sentido: Iñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *El Servicio Público del Gas*, Madrid, 1992, p. 211.

<sup>35</sup> Art. 4.º, inc. 5.º, Dec. 1738/92.

<sup>36</sup> Arts. 6.º y 7.º Ley 24076.

fica (incluyendo el equilibrio económico de la concesión)<sup>37</sup>, habida cuenta el carácter de contrato en marcha, donde el intercambio prestacional no se produce ni se refleja al momento de celebrarse el contrato; 3) correlativamente, el de mutabilidad<sup>38</sup> consensuada, dado que las circunstancias reales, las necesidades sociales y las innovaciones tecnológicas no se pueden prever de antemano con precisión y son esencialmente dinámicas y cambiantes; 4) el ejercicio de la potestad tarifaria con base contractual<sup>39</sup>; 5) la eliminación del poder discrecional de la autoridad concedente<sup>40</sup>; 6) la proporcionalidad entre las sanciones que aplique la Administración y la realización efectiva (o el cumplimiento) del fin que persigue el servicio de modo de hacer compatible la máxima calidad con la eficiencia de las prestaciones; 7) el desplazamiento de la relación de sujeción especial y su correlativo reemplazo por vínculos de base contractual que incluyan, inclusive, procedimientos de regulación consensuada, y 8) por último, el establecimiento de un régimen de responsabilidad contractual frente al Estado y los usuarios que signifique un verdadero equilibrio entre los intereses en juego.

#### 2.4.3. *El nuevo cuadro de principios y reglas establecidos por la situación de emergencia*

En medio de la crisis que padeció Argentina en los años 2001 y 2002 (en la que el país declaró el *default* de la deuda pública) se dictaron dos leyes de emergencia y un conjunto variado de decretos y resoluciones regulatorias tendentes a superar dicha situación, evitar la inflación y salida de capitales, así como para ordenar el gasto público, entre otros objetivos.

---

<sup>37</sup> Véase Juan Francisco MESTRE DELGADO, *La Extinción de la Concesión de Servicio Público*, Madrid, 1992, pp. 66 y ss.

<sup>38</sup> José M. SALA ARQUER, *El Principio de Continuidad de los Servicios Públicos*, Madrid, 1977, p. 1920, se refiere a este principio calificándolo como principio de adaptación, si bien sin extraer las consecuencias que sostenemos en el texto. En nuestra opinión, el principio de mutabilidad del servicio público debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42 CN) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, CN) que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.

<sup>39</sup> Esta caracterización de la potestad tarifaria con base contractual se advierte en los marcos regulatorios eléctrico (arts. 42 y 46 Ley 24.065) y del gas (arts. 37 y ss. Ley 24076); con anterioridad, GRECCO sostuvo «el carácter estrictamente reglamentario de todas las disposiciones concernientes a la organización y funcionamiento del servicio público, entre las cuales se halla, naturalmente, el punto relativo a las tarifas» (Carlos Manuel GRECCO, «Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario», en *REDA*, n.º 5, Buenos Aires, 1990, p. 491).

<sup>40</sup> Art. 4.º, inc. 5.º, Dec. 1738/92.

Las empresas de servicio público se vieron afectadas singularmente más que las que actúan en otros sectores de la economía en razón de que se encontraban fuertemente endeudadas en moneda extranjera (mayoritariamente en dólares). La causa de ello se explica por el hecho que al requerirse inversiones significativas en los primeros períodos de las concesiones, la financiación de ellas se lleva a cabo como si fueran industrias de capital intensivo, en las que los préstamos y el capital propio (vgr., aluminio) se encuentran inicialmente en una relación bastante desigual (70% vs. 30%, respectivamente).

Como las tarifas fueron congeladas y suspendida la aplicación de los mecanismos contractuales tendentes a corregir los desequilibrios financieros, resultaba necesario subsanar la situación de quiebre de la ecuación económico-financiera, agravada por las dificultades para acceder al crédito, dada la suspensión de pagos de capital que casi todas las empresas dispusieron para poder seguir operando, exclusivamente, con la propia caja que se generaba por el ingreso de los recursos tarifarios.

La Ley 25561, en lo que atañe a los servicios públicos, estableció, principalmente, los siguientes principios y normas:

- a) la declaración de emergencia pública, que implicó comprimir y suspender el ejercicio de los derechos contractuales de los concesionarios, asignándole mayor injerencia al Congreso en los procedimientos de aprobación de las renegociaciones (art. 1);
- b) la pesificación y congelación de las tarifas (en realidad de los precios que estaban contenidos en los cuadros tarifarios), prohibiendo la aplicación de cualquier mecanismo indexatorio o de actualización de precios (art. 8);
- c) la obligación de seguir prestando los servicios durante el período de emergencia no obstante la ruptura de los contratos efectuada por la Ley (verdadero «acto del príncipe») (art. 10), sin atender a la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>41</sup> y de la doctrina clásica argentina del Derecho Administrativo<sup>42</sup> que permite invocar la *exceptio non adimpleti contractus* cuando el concesionario demuestre que no puede cumplir razonablemente con las obligaciones a su cargo.

Con posterioridad, el Congreso Nacional sancionó la Ley 25790, prorrogando hasta el 31 de diciembre de 2004 el plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por el art. 9 de la Ley 25561.

<sup>41</sup> Fallos, 216:212, *in re* «Cimplast S.A. c/ ENTEL», de fecha 20-III-93.

<sup>42</sup> Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado...*, *cit.*, T. III-A, pp. 376 y ss.

Esta Ley, en comparación con la anterior, introduce cambios trascendentes en el sistema de emergencia, caracterizándose, en líneas generales, por una mayor flexibilidad y equilibrio entre los distintos intereses en juego, no obstante reproducir el precepto establecido en la Ley anterior, prescribiendo que las disposiciones de la citada Ley «en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones» (art. 5 Ley 25790). Esta norma resulta, a todas luces, confiscatoria en cuanto obliga a las concesionarias a prestar el servicio cuando, por obra del Estado, ellas no obtienen los ingresos necesarios para operar con calidad y eficiencia.

En lo fundamental, las principales innovaciones pueden resumirse en:

- a) La restitución, al Poder Ejecutivo, de la plena potestad administrativa, cuya limitación era constitucionalmente cuestionable dado que se trata del ejercicio de la función administrativa atribuida a dicho órgano (conforme el art. 99, inc. 1, de la CN) estableciendo un mecanismo de silencio positivo (*fast track*) para la aprobación de la renegociación por el Congreso<sup>43</sup>.
- b) El reconocimiento de que la renegociación puede abarcar tanto a determinados sectores de servicios públicos como a contratos en particular<sup>44</sup>.
- c) La consagración de una suerte de deslegalización al prescribir que las potestades del Poder Ejecutivo, en el desarrollo de los procesos de renegociación, no se hallarán limitadas ni condicionadas por las disposiciones de los marcos regulatorios que rigen las concesiones o licencias de los respectivos servicios públicos<sup>45</sup>.
- d) La prescripción de la posibilidad de que los acuerdos de renegociación puedan: i) abarcar aspectos parciales de los contratos de concesión o licencia; ii) contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias al contrato; iii) incluir mecanismos de revisiones periódicas pautadas, y iv) establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios<sup>46</sup>. A su vez, en la línea de atribuirles a las medidas transitorias un grado mayor de seguridad jurídica, la Ley dispone que ellas «deberán ser tenidas en consideración dentro de los términos de los

---

<sup>43</sup> Art. 4 de la Ley 25790.

<sup>44</sup> Art. 1 *in fine* de la Ley 25790.

<sup>45</sup> Art. 2 de la Ley 25790.

<sup>46</sup> Art. 3, primera parte, de la Ley 25790.

- acuerdos definitivos a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias»<sup>47</sup>.
- e) Por último, la limitación de las facultades que tienen los entes reguladores en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias previstas en los respectivos marcos regulatorios las que «podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación que lleve a cabo el Poder Ejecutivo Nacional en virtud de lo dispuesto por el art. 9 de la Ley 25561»<sup>48</sup>.

Resulta evidente, por lo demás, que en la base de la legislación de emergencia se encuentra la regla del sacrificio compartido, la cual se funda en el principio de solidaridad. Este principio general del Derecho Administrativo busca conciliar, en definitiva, el esfuerzo de los sectores más pudientes con la situación de los carentes de ingresos. La política seguida en la materia, que tendrá sin duda influencia en los cuadros tarifarios del futuro, ha comenzado a tener vigencia en algunas instituciones incorporadas a los contratos de concesión (vgr., la tarifa social que rige en la concesión de producción y distribución de agua potable de Aguas Argentinas).

### 3. TRANSFORMACIONES OPERADAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: VIGENCIA DE LA CATEGORÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El campo de la contratación pública presenta tal serie de matices que se torna prácticamente imposible elaborar una teoría unitaria que abarque con principios comunes todo el universo contractual regido por el Derecho Público, tanto en el ámbito interno del Estado (del cual se ocupa el Derecho Administrativo en forma prevaleciente) como en el plano internacional (en el que confluyen diversos Derechos y ordenamientos externos cuya aplicación generalizada dependerá del grado de imperio y jurisdicción de la comunidad o entidad internacional sobre el respectivo contrato).

El fenómeno de la contratación pública fue descrito, en la etapa de mayor auge de la tesis «iusadministrativa» del contrato, como un sistema radicalmente opuesto al de la contratación privada, sin reparar muchas veces en la circunstancia, por demás demostrable, que indica que

<sup>47</sup> Art. 3, segunda parte, de la Ley 25790.

<sup>48</sup> Art. 2, segunda parte, de la Ley 25790.

lo público y lo privado son categorías históricas que van formando conceptos jurídicos relativos, los cuales no siempre pueden encapsularse en formulaciones rígidas ni unitarias.

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante, pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persigue, de manera relevante e inmediata, al ejercer sus órganos la función administrativa.

Sin embargo, ello no supone desconocer la ambivalencia a que se presta el hecho de que el Estado (que es siempre una persona de Derecho Público) celebra también contratos regulados, en punto a su objeto, por el Derecho Privado, ni tampoco que determinados contratos celebrados por particulares pasen a regirse por el Derecho Administrativo, en forma entremezclada con el Derecho civil o comercial.

Por lo demás, el contrato público, que aparece, en punto a la competencia y al procedimiento de contratación, regido por el Derecho Administrativo, recibe también la injerencia del Derecho Internacional Público o Privado, a través de ordenamientos supranacionales como son los tratados internacionales, que, a partir de la reforma constitucional de 1994, poseen –como mínimo– una jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, CN), formando parte, en algunos casos determinados, de la Constitución misma, aunque sin alterar su estructura dogmática.

De ese modo, el panorama que ofrece la contratación pública resulta tan complejo como variado, siendo difícil concebir un régimen jurídico unitario que agrupe y contenga todas las formas contractuales a las que acude el Estado para alcanzar sus fines.

Ello no quita que la categoría principal en el campo de la contratación pública, regida por el Derecho interno, siga siendo la figura del contrato administrativo, sin dejar de reconocer otras especies contractuales, en la que se aplica preponderantemente el Derecho Internacional y, en menor medida, el Derecho Administrativo (con la posibilidad de aplicación analógica del Derecho Privado). Esto acontece con los contratos excluidos del régimen general aplicable a la contratación administrativa, como son «los contratos celebrados con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien, total o parcialmente, con recursos provenientes de esos organismos», así como «los comprendidos en operaciones de crédito público»<sup>49</sup>.

Esa variedad de formas y regímenes se advierte, asimismo, en el ámbito interno, respecto de los contratos que celebra la Administración o los demás órganos del Estado, en ejercicio de la función materialmen-

---

<sup>49</sup> Cfr. *Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional*, aprobado por Decreto 1023 de 2001, art. 5.º, inc. c) y d); en adelante, RCAN.

te administrativa (nos referimos aquí al Poder Judicial y al Congreso), que pueden vincularse contractualmente a través de otras figuras como: a) contratos parcialmente regidos por el Derecho Privado, con o sin cláusulas exorbitantes expresas, cuyo grado de aplicación del Derecho Administrativo depende del tipo y régimen jurídico de cada contrato (vgr., el régimen jurídico de los contratos que realiza el Banco Nación, regidos por el Derecho mercantil, no es igual al que rige los contratos de objeto privado de la Administración Pública Nacional); y b) contratos interadministrativos, con caracteres diferenciales en punto al ejercicio de las prerrogativas de poder público, si bien hoy día la tendencia mundial apunta a despojar cada vez más a esta categoría de alguno de sus rasgos diferenciales que antes tipificaban el régimen de selección (vgr., libertad de elección sin sometimiento al principio de concurrencia).

En efecto, tanto en Argentina como en Estados Unidos y Europa, en este último ámbito a través de la influencia que el Derecho comunitario ha irradiado en los Derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea, se observa una tendencia creciente hacia la «iuspublificación» de los sistemas de contratación estatales<sup>50</sup>, contrariamente a lo sostenido por MAIRAL<sup>51</sup>, que se proyecta incluso hacia los antiguos esquemas contractuales regidos por el Derecho Privado<sup>52</sup>.

Esa «iuspublificación» se revela nítidamente en las reglas que rigen el proceso de selección (que excluyen, en principio, la libertad negocial para elegir el contratante) y en el régimen de prerrogativas públicas que acompaña la ejecución del contrato, su extinción y los efectos que ella produce. Este proceso se ha llevado a cabo hasta en los países que no utilizaban la figura del contrato administrativo en sus sistemas jurídicos<sup>53</sup>.

#### 4. SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y TÉCNICAS DEL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

La trascendencia que traduce la regulación de la llamada justicia administrativa constituye una de las claves que permite la protección de

<sup>50</sup> Cfr. Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *El Contrato Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 257 y ss., especialmente pp. 266-269. Este autor cita numerosos trabajos doctrinarios (nota 294) escritos por juristas europeos de diferentes países –incluso del Reino Unido– que advierten sobre la transformación que se ha venido operando en los sistemas contractuales.

<sup>51</sup> Héctor A. MAIRAL, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED, 179-655, y *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, ED, 180-849.

<sup>52</sup> Vid. Rafael ENTRENA CUESTA, *La nueva contratación pública*, Ed. INAP, Madrid, 2002, pp. 30-31

<sup>53</sup> Cfr. Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, *op. cit.*, p. 266 y nota 294.

los derechos de los ciudadanos frente a los actos estatales que los afectan y, en tal sentido, no se puede desconocer que la evolución que han tenido en Argentina las principales instituciones y principios del Derecho Procesal Administrativo ha sido extraordinaria.

Buena parte de esas transformaciones y del progreso doctrinario y legislativo obedecieron a la gran influencia que en los últimos cincuenta años ha ejercido en Argentina la escuela española, fundamentalmente a través de la obra de un auténtico jurista como es Jesús GONZÁLEZ PÉREZ<sup>54</sup>, que, además, se ha proyectado en todos los países hispanoamericanos.

Es cierto que Argentina se encontraba muy adelantada «en el plano del Derecho comparado» en algunas instituciones procesales como los procesos cautelares y de ejecución de sentencias. También, el acceso a la jurisdicción para demandar la invalidez de actos administrativos, que no estaba sometido a plazo alguno de caducidad hasta el año 1972, permitía más que ahora la realización efectiva del control judicial, dado que la acción, previo cumplimiento de ciertos recaudos formales (reclamo administrativo previo), sólo se extinguía por el transcurso de los plazos de prescripción.

Si bien hemos retrocedido parcialmente en el terreno de la ejecución de sentencias, lo cierto es que ellas han dejado de ser declarativas (como lo prescribía el art. 7 de la Ley 3952) para pasar a ser ejecutorias, poniendo en cabeza de la Administración el deber de incorporar en el presupuesto correspondiente al año siguiente al dictado de la condena<sup>55</sup>, y son varios los fallos que han condenado al Estado a cumplir directamente cuando omite respetar el citado deber<sup>56</sup>.

En lo que atañe a la legitimación, se ha ampliado la aptitud de ser parte en los procesos administrativos a los titulares de intereses legítimos, y hasta de intereses difusos y colectivos.

La gravedad de los problemas que plantea actualmente la amplitud con que la jurisprudencia acepta la apertura indiscriminada de procesos colectivos, sin que la ley haya reglamentado la representatividad de los intereses colectivos que asumen las asociaciones de bien público (especialmente de consumidores y usuarios), configura una situación anárquica que tendrá que corregirse en el futuro, porque de lo contra-

---

<sup>54</sup> A partir de su *Derecho Procesal Administrativo*, 3 tomos, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, y más tarde en los sucesivos *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.

<sup>55</sup> Cfr. Ley 23982, art. 22.

<sup>56</sup> «Giovagnoli César Augusto c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/ Cobro de Seguro», del 16/09/1999 (Fallos, 322:2132); «Geope SA Cía. General de Obras Públicas y otro c. Estado nacional – Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos» (LL 1994-E, 279); «Quintillán, Ernestina M. c. Estado Nacional – Ministerio de Cultura y Educación y otro» (LL 1996-C, 437), entre otros.

rio habremos reemplazado la justicia individual o subjetiva (que tiene muchas más trabas para el acceso) por la justicia objetiva, la cual se ha acercado tanto a la acción popular que hoy día resulta difícil perfilar las diferencias.

Esos problemas radican, principalmente, en el otorgamiento de medidas cautelares autosatisfactivas o de urgencia, sin contracautelas y sin emplazar a los eventuales afectados, que tienen que soportar los efectos perjudiciales de esas medidas sin ser parte en los procesos.

Por lo demás, resulta indispensable reglamentar los efectos *erga omnes* tanto de dichas medidas contra decretos del Poder Ejecutivo como respecto de las sentencias que afectan a terceros que no han participado en el pleito, unificando en alguna sala del fuero contencioso-administrativo federal la jurisdicción originaria y exclusiva, como acontece, en la actualidad, en el control que llevan a cabo los tribunales en los Estados Unidos respecto a los actos de las agencias reguladoras<sup>57</sup>.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Derecho siempre es algo que fluye. El problema que presentan las instituciones argentinas del Derecho Administrativo es que las transformaciones no son siempre evolutivas, sino muchas veces revolucionarias o radicales, cambiando de un día para otro principios arraigados de seguridad jurídica en un mundo cada vez más globalizado.

En medio de este proceso de creación espontánea y progresiva del Derecho se da la paradoja que los llamados derechos de tercera genera-

<sup>57</sup> En los Estados Unidos, el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la Administración y de las agencias federales está lejos de concebirse como un sistema de control difuso, tal como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general, rige el principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante cortes federales expresamente asignadas (APA, Sección 703); b) en la mayoría de los casos, los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos *statutory revision* que importan recursos directos ante las cortes federales de apelaciones de circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no hayan remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra los Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye jurisdicción exclusiva a las cortes federales de apelaciones de circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas, regla especial que prevalece sobre las anteriores (USCA, T. 28, cap. 158, sec. 2342); y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohíba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente.

ción han pasado a tener mayor protección que los derechos subjetivos e intereses legítimos de naturaleza individual.

Así, por una tendencia que pone demasiado el acento en lo colectivo, habrá que articular un sistema que equilibre la denominada justicia social y el principio de solidaridad con los derechos de propiedad y de libertad, en un ámbito en que la promoción de la competencia se convierte en el eje del ordenamiento jurídico-económico.

Por otro lado, la excesiva liberalidad con que se admite la representación de los intereses colectivos, la falta de emplazamiento de los interesados en las eventuales consecuencias disvaliosas de las sentencias judiciales, los efectos *erga omnes* de medidas cautelares otorgadas *inaudita parte* en juicios colectivos promovidos por personas o grupos contra actos o reglamentos administrativos, junto a la influencia que ejercen los medios de prensa, conducen a la judicialización de la política.

Por ello, es hora de preguntarnos si no estamos ante la instancia histórica de repensar el sistema «iusadministrativo» y de sentar las bases de uno nuevo que se apoye en el equilibrio armónico entre los intereses individuales y colectivos que el sistema debe tutelar a fin de despejar las incertidumbres actuales y reafirmar el Estado de Derecho o de Justicia.

De otra parte, si se pretende alcanzar el objetivo del crecimiento del país se precisan nuevas inversiones. Pero éstas sólo se llevarán a cabo cuando se consolide un clima de estabilidad de los contratos y de los derechos de propiedad y de libertad de las empresas y de los ciudadanos con todas las garantías que brindan el Estado de Derecho y los principios de justicia (en sus clásicas especies de justicia legal o general y particular).

El futuro del Derecho Administrativo —como alguna vez hemos dicho— pasa actualmente, más que por la Administración, por la jurisprudencia y —ahora agregamos— por el buen tino del legislador, evitando caer en las tentaciones de un colectivismo o intervencionismo que bloquee el funcionamiento de las reglas básicas de la economía social de mercado y el principio de subsidiariedad.

De otra parte, no se nos escapa que el imperio de la moral pública será una exigencia social que la ciudadanía demandará con mayor intensidad en el devenir del Estado, pues la honestidad de los gobernantes constituye el pilar más sólido en que se basa la confianza de los distintos actores sociales y económicos.

Pues, como ha dicho HAURIOU, «únicamente las creencias morales que han hecho la civilización son capaces de rehacerla, una vez restauradas»<sup>58</sup>, y para ello habrá que apelar a la intuición, a la razón histórica y a los principios generales del Derecho mucho más que a la lógica y al exceso de raciocinio, cuyos resabios idealistas aún padecemos.

---

<sup>58</sup> Cfr. Maurice HAURIOU, *op. cit.*, p. VI.





