

## LAS NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE CONTRATACIONES RELATIVAS A INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

*Por Juan Carlos Cassagne\**

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

Como decía el maestro LAUBADÈRE, a propósito de la mutabilidad que caracteriza al contrato administrativo, éste aparece “*como un sistema en cierto sentido vivo*”<sup>1</sup> algo que, en buena medida, refleja las contradicciones internas que anidan en una construcción jurídica plagada de dificultades interpretativas.

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

En ese derecho, la regulación de los contratos que celebran las Administraciones Públicas y los llamados “*poderes adjudicadores*” de los distintos países de la Unión Europea, aunque no prescriben expresamente que se trata de normas y principios de

---

\*Profesor Emérito de la UCA y Titular Consulto de la UBA, Buenos Aires, Argentina, [jcc@cassagne.com.ar](mailto:jcc@cassagne.com.ar). Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Miembro Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid. Miembro de las Academias de Derecho de Colombia y Perú. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC). Doctor Honoris Causa por la Universidad del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia. Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Es autor de numerosos libros y publicaciones sobre temas de su especialidad, entre las que el Curso de Derecho Administrativo va por la duodécima edición.

<sup>1</sup> LAUBADÈRE, André de, *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*, T° II, LGDJ, París 1956, p. 25.

derecho público (lo que no se podría hacer dada la diferente conformación y estructura de los sistemas de los países miembros) imponen una serie de reglas vinculantes, que conforman una suerte de orden público comunitario cerrado y fundado en el principio de la competencia, que ningún ordenamiento nacional puede eludir (por los principios de primacía y de eficacia directa propios del derecho comunitario).

Pero en todos estos casos, a diferencia de algunos Estados de Hispanoamérica, el ejercicio de las prerrogativas de poder público se encuentra compensado por los principios del mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato<sup>2</sup> y de justa indemnización, reconociéndose la indemnización integral de los perjuicios irrogados al contratista (daño emergente y lucro cesante), cuando el contrato se modifica o se extingue por razones de interés público, para respetar el trascendente principio de la igualdad ante las cargas públicas.

A su turno, la polémica acerca de la figura del contrato administrativo, desatada en plena crisis del proceso de privatizaciones y desregulación de Argentina<sup>3</sup>, tuvo al menos la virtud de que los principales contendientes de un sector de la doctrina nos pusiéramos de acuerdo en un punto central de la teoría del contrato, negando la posibilidad jurídica de que reconociese la existencia de potestades o prerrogativas, o las denominadas cláusulas exorbitantes, en forma implícita, tanto “*ex contractu*” como “*ex lege*”, aspecto del que nos ocuparemos seguidamente<sup>4</sup>.

En ese contexto, las nuevas regulaciones de los Contratos de participación Pública Privada (PPP) que prescriben los sistemas latinoamericanos (la más reciente es la ley argentina), nos coloca en un camino similar al que han emprendido los países que han estimulado y promovido la colaboración de los particulares en obras y servicios de interés

---

<sup>2</sup> Se trata de un principio capital de la teoría del contrato; sobre su configuración y desarrollo nos remitimos al lúcido trabajo de Ana patricia GUGLIEMINETTI, en REDA N° 107, Buenos Aires, 2016, p. 916 y ss.

<sup>3</sup> Véase: MAIRAL, Héctor A., principalmente en sus trabajos: *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED. 179-655 y El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo, ED 180-849 y los que publicamos en sendas réplicas: Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo, ED 180-773 y La delimitación de la categoría del contrato administrativo (réplica a un ensayo crítico), ED 181-942.

<sup>4</sup> Aun cuando cabe advertir que el principio de la competencia puede basarse en poderes implícitos (los que surgen de un texto expreso) como poderes inherentes que se desprenden de los fines que el ordenamiento le atribuye en forma expresa a los órganos y entes públicos. No obstante, como lo hemos explicado, ambos supuestos no proceden en los actos de gravamen o desfavorables; al respecto, nos remitimos a nuestro *Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, La Ley, 2012, p. 159.

público para las comunidades estatales, superando viejos dogmas y verdaderos mitos jurídicos. En realidad, el nuevo régimen contractual viene a funcionar como una alternativa a los ordenamientos que rigen los tradicionales contratos de obra pública y de otros contratos administrativos típicos, lo cual permite dar estabilidad a esta clase de contratos y/o similares con cláusulas que brindan mayor seguridad jurídica a las inversiones privadas, promoviendo la competencia entre las diferentes empresas que puedan contratar con la Administración.

Otra aporía que debe destrabarse radica en la falsa creencia de que existe un régimen unitario para todos los contratos estatales, cuya realidad muestra a las claras, en todos los países, la recíproca interferencia que existe entre normas y principios públicos con los privados. En efecto, casi no se discute que la Administración puede celebrar tanto un contrato regido sustancialmente por el derecho civil (vgr. el arrendamiento o locación) como aquellos que son propios de su giro o tráfico administrativo, con una regulación más intensa de los diferentes principios y elementos del derecho público, tal como lo prescribe la reciente ley española de Contratos del Sector Público<sup>5</sup>, sin perjuicio de lo cual el procedimiento de adjudicación es común a ambos tipos contractuales.

Una de las consecuencias principales de ese régimen entremezclado de derecho público y privado se encuentra en el hecho de que las decisiones que adopta la Administración durante la ejecución de un contrato regido por el derecho privado constituyen actos administrativos dotados, como es sabido, de una serie de peculiaridades y modulaciones típicas del derecho público. Para resolver este problema la reciente LCSP de España considera a los actos administrativos inherentes a la preparación y adjudicación del contrato de objeto privado como actos separables, que resultan susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>6</sup>, siguiendo una corriente nacida y afirmada en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés<sup>7</sup>.

Ahora bien, por encima de los desacuerdos terminológicos, en torno de la noción del contrato administrativo, pensamos que, en el fondo, la solución a que arriba la LCSP de

---

<sup>5</sup> LCSP de 2017 que incorpora al Derecho español las Directivas 2014/24 UE sobre contratación pública y 2014/23 UE, concerniente al procedimiento de adjudicación en los contratos de concesión.

<sup>6</sup> Vid: GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, 18ª ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2017, ps. 751-753.

<sup>7</sup> Véase: MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif*, LGDJ, París, 2013, ps. 417-418.

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

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

En palabras de los más esclarecidos exponentes del derecho administrativo español, tras reconocer que las singularidades que exhiben los contratos administrativos, éstos están “*impregnados de una idea esencialmente finalista que preside todo su desarrollo*” afirmando rotundamente que lo que se persigue con estos contratos “*es satisfacer de la mejor manera posible el interés público*”<sup>8</sup> y que, en definitiva, “*existe contrato administrativo en todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito de su giro o tráfico característico, es decir, dentro del campo de competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas*” y que “*todos los demás contratos celebrados por las Administraciones Públicas y todos los que puedan concluir los restantes entes, organismos y entidades del sector público “tendrán la consideración de contratos privados”*”<sup>9</sup>, como reza el artículo 26 de la LCSP.

---

<sup>8</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, Tº I, cit. p. 784.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, Tº ps. 750-751.

En varios trabajos y obras de doctrina hemos sustentado una postura similar<sup>10</sup>, sosteniendo una concepción finalista para categorizar al contrato administrativo la cual, no obstante, algunas diferencias de naturaleza terminológica<sup>11</sup>, resulta afín a la de los citados maestros españoles, en una corriente que, lamentablemente, no ha seguido la legislación nacional ni la de las Provincias argentinas, apoyada por una doctrina que, a la luz de la evolución operada en el derecho administrativo moderno, luce como una postura anquilosada y autoritaria que constituye un verdadero repelente para alejar las inversiones que requiere el desarrollo de cualquier país con cierto grado de civilización jurídica.

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

Esta nueva regulación del derecho comunitario europeo, calificada como un giro espectacular<sup>12</sup> en la modulación de los contratos públicos o regidos por las Directivas comunitarias, representa una limitación mayúscula de la prerrogativa modificatoria de la que se ha hecho un uso abusivo en detrimento de los principios de competencia y concurrencia que procuran afirmar la igualdad en la selección del contratista privado, en un marco de transparencia y no discriminación. Empero, no hay que olvidar que el “*ius variandi*” puede funcionar también en detrimento de los derechos del contratista cuando la Administración reduce las prestaciones.

---

<sup>10</sup> En nuestro libro: *El Contrato Administrativo*, 3ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 5 y ss., especialmente ps. 14-16.

<sup>11</sup> Si bien es cierto que no hay una auténtica sustantividad en el sentido de que el contrato administrativo posee una existencia independiente e individual, aislada del tronco común que exhibe la figura del contrato civil y comercial, no es un dato menor que la concepción finalista del giro o tráfico específico de la Administración, con arreglo a las reglas de competencia de cada ente u órgano que consagra el ordenamiento, constituye una concepción que hace a la esencia de la materia que conforma el concepto, el cual conduce a la aplicación de las normas y principios de derecho público. En síntesis, la concepción finalista no impide acudir al derecho privado cuando las singularidades del contrato presentan vacíos normativos que requieren utilizar las técnicas de la analogía y de la supletoriedad, ni tampoco la aplicación directa del derecho civil y comercial a los contratos privados de la Administración (art. 26 LCSP).

<sup>12</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., Tº I, p. 789.

Antes de pasar al análisis de dicha prerrogativa y de otras, vamos a exponer algunos reflexiones liminares sobre la potestad y el derecho subjetivo, que nos permitirán reafirmar las peculiaridades que reviste la vigencia de los principios de la “*lex inter partes*” y del “*pacta sunt servanda*” en los contratos administrativos, y rechazar, consecuentemente, la existencia de prerrogativas implícitas o sobreentendidas (como decía JÈZE) en su régimen jurídico, las que refuerzan el autoritarismo y afectan el carácter democrático de todo gobierno<sup>13</sup> que respete el principio de legalidad.

## **II. Potestades, derechos subjetivos y prerrogativas públicas. La inadmisibilidad de su carácter implícito**

La figura técnica de la potestad se halla extremadamente conectada con el principio de legalidad. Pertenece al género de los poderes jurídicos de sentido amplio y reconoce su desarrollo originario en la doctrina italiana expuesta por Santi ROMANO, quien teorizó magistralmente sobre su configuración y caracteres<sup>14</sup> al punto que, salvo alguna excepción, ha sido seguido por la doctrina española de mayor autoridad científica<sup>15</sup>.

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

Su diferencia con el derecho subjetivo<sup>16</sup> (que también constituye un poder jurídico) radica en el hecho de que éste último no es un poder abstracto sino un poder jurídico que se despliega en una concreta relación jurídica.

---

<sup>13</sup> Argumento sostenido hace años por GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, en su lúcido *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 368.

<sup>14</sup> Véase: ROMANO Santi, Fragmentos de un *Diccionario Jurídico*, trad. Del italiano, EJEA (Ediciones Jurídicas Europa-América), Buenos Aires, 1964, p. 297 y ss.

<sup>15</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., T° I, p. 487 y ss; y Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T° I, ed. Iustel, 2ª edición, Madrid, 2006, p. 522 y ss.

<sup>16</sup> En la doctrina española se ha sostenido que no se derivan consecuencias de la distinción entre potestad y derecho subjetivo, véase: SEÑÉ LLINAS, Emilio, *Sobre el concepto de potestad*, en el libro homenaje a José Luis VILLAR PALASI, ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 1343 y ss., especialmente p. 1348 y ss. La diferencia, sin embargo, resulta clara con solo advertir el carácter renunciante del derecho subjetivo y la circunstancia de que genera relaciones jurídicas concretas, al contrario de la potestad que es genérica e irrenunciante.

Mientras la potestad es irrenunciable e intransferible cabe acotar que su ejercicio es susceptible de pacto, renuncia o delegación en tanto la Administración no se encuentra obligada a ejercerla en forma efectiva por razones de orden público prescriptas explícitamente por el ordenamiento jurídico positivo.

Entre el cúmulo de potestades se encuentran tanto aquellas vinculadas con actos favorables al particular como los actos desfavorables o de gravamen que emite la Administración Pública, así como las que pertenecen a las personas privadas, tal como la potestad de acción para demandar la protección o cumplimiento de sus derechos ante los tribunales de justicia<sup>17</sup>.

En cuanto a la llamada prerrogativa de poder público que utiliza la Administración en oportunidad de poner en ejecución actos o contratos administrativos, ella se origina en la antigua prerrogativa del derecho anglo-sajón aplicable “*a aquellos derechos y facultades que solo el Rey goza*” cuyo significado etimológico deriva del latín “*prae*” y “*rogatio*” que alude algo requerido antes, o sea, “*lo que es exigido a unos con preferencia a otros*” que “*no puede tenerse en común con los demás individuos*”<sup>18</sup>.

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

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

### **III. Principales prerrogativas en los contratos administrativos**

---

<sup>17</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., T° I, p. 491.

<sup>18</sup> BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, ed. Richard Taylor, Red Lion Court, London, 1830, p. 237 y ss., cit. Por AJA ESPIL, Jorge A., en *Constitución y Poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, ed. Tea, Buenos Aires, 1987, ps. 95 y 96.

El contrato administrativo, como especie del género contratos públicos o contratos de la Administración, se caracteriza, como es sabido, por contener prerrogativas de poder público que se establecen o pactan expresamente como consecuencia de las potestades que atribuye el ordenamiento jurídico al órgano estatal contratante. Por tal razón, el ejercicio de dichas potestades se vincula con el principio de la competencia (en Argentina, art. 3° LNPA) y puede volcarse tanto en la documentación contractual (vgr. los pliegos de bases y condiciones) como ser pactada expresamente en el contrato, respetando los preceptos y principios que rigen el proceso de selección del contratista estatal. Veamos ahora, las principales prerrogativas que exhiben los contratos administrativos.

*a. Poder de decisión unilateral ejecutiva.*

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

Aparte de que, como se verá seguidamente, el mismo no existe en el derecho francés ni en los derechos de algunos países de Iberoamérica (vgr. Argentina) que distinguen la autotutela declarativa de la ejecución forzosa, negando la procedencia de la denominada autotutela ejecutiva que ha seguido el derecho español inspirado en la clásica doctrina italiana<sup>19</sup>, cuando se trata de actos que impliquen utilización de la coacción sobre los bienes y las personas, en los que solo se admite una autotutela declarativa. En consecuencia, la ejecución forzosa en sede administrativa no constituye la regla general y, en principio, tiene que llevarse a cabo en la vía judicial<sup>20</sup>, en una línea similar a la que sigue el derecho francés, en el que asume un carácter

---

<sup>19</sup> ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, volumen primero, 8ª ed. Giuffrè, Milán, 1958, p. 319 y ss.; ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, ed. Giuffrè, Milán 1958, p. 209 y ss.

<sup>20</sup> Vid: nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed. actualizada, T° I, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 799 y ss.

excepcional, circunstancia que no ha sido suficientemente destacada en la doctrina y jurisprudencia españolas y latinoamericanas<sup>21</sup>.

Porque cabe advertir que, en el derecho francés, que ha asimilado la ejecución de oficio a la ejecución forzosa, la prerrogativa de ejecutar un acto administrativo mediante el uso de la fuerza o coacción física, reviste carácter excepcional y está muy lejos de constituir la regla general, lo que solo ocurre en tres supuestos. Ellos son:

- a) Que no haya otra vía para compeler el cumplimiento del acto (inexistencia de sanciones de naturaleza penal en caso de resistencia)<sup>22</sup>;
- b) Cuando lo dispone expresamente la ley, y;
- c) Razones de urgencia<sup>23</sup>. Si alguna de estas condiciones no se presenta, la ejecución forzada se considera irregular y constituye una vía de hecho administrativa<sup>24</sup>.

En esa orientación, un sector de la doctrina española ha postulado una concepción similar sosteniendo, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>25</sup>, que cuando la ejecución forzosa recae sobre un derecho fundamental resulta imprescindible que sean los jueces quienes autoricen la procedencia<sup>26</sup> de la “*vis ejecutiva*”.

En cambio, la procedencia de la ejecución forzosa es regulada en forma diferente por algunos ordenamientos de Hispanoamérica, como el colombiano (art. 90 del CPACA), en el que constituye la regla general cuando se tratare de la ejecución de actos administrativos que impongan obligaciones dinerarias y el particular obligado se resista a cumplir el acto (después de una etapa de ejecución persuasiva, mediante la aplicación de multas), salvo que se trate de “obligaciones personalísimas”<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Sin embargo, véase: RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo General y colombiano*, 20ª edición, Tomo II, Temis, Bogotá, 2017, ps. 83-84, a propósito del art. 91 del Código de Procedimiento Administrativo General y Colombiano, 20ª ed., Tomo II, Temis, Bogota 2017, ps. 83-84.

<sup>22</sup> En el conocido caso “*Société immobilière de Saint Just*”, de 1902.

<sup>23</sup> Vid MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif*, 13ª ed., LGDJ, París, 2013, ps. 349-350.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 350.

<sup>25</sup> STC 78/1996 de 20 de mayo.

<sup>26</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tº XII, 2ª edición, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 110 y ss.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 20ª ed., Tomo II, Temis, Bogotá, 2017, ps. 80-81.

b. *El poder de modificación unilateral del contrato*

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

Al respecto, la ley de Contratos de Participación Público Privada (PPP) reconoce la facultad “*de la Administración contratante para establecer unilateralmente variaciones al contrato solo en lo referente a la ejecución del proyecto y ello por hasta un límite máximo en más o en menos, del 20% del valor total del contrato, compensando adecuadamente la alteración, preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento*”<sup>28</sup>.

Así, cuando el contrato es producto de un proceso público de selección del contratista estatal (y no se trata de una contratación directa) las modificaciones contractuales fundadas en el mero arbitrio discrecional de la Administración son, en principio, improcedentes. La razón de ese principio es bastante obvia pues sí, después de un proceso licitatorio al que han concurrido otros interesados, la Administración pudiera cambiar discrecionalmente las bases y condiciones que rigen el contrato se afectaría el principio de igualdad puesto que los distintos partícipes de la licitación, de haber conocido las modificaciones introducidas “*a posteriori*” hubieran tenido la posibilidad de formular sus propuestas sobre parámetros diferentes (en particular, el precio de contrato y las condiciones técnicas y financieras). La consecuencia de ello es que, en principio, la modificación de un contrato administrativo solo es posible si se encuentra predeterminada y reglada previamente por el ordenamiento o por el pliego de bases y condiciones, que suelen establecer, en algunos contratos, como los de la obra pública y suministros, topes o límites tasados de las modificaciones permitidas<sup>29</sup>.

No obstante, los cambios de circunstancias que suelen ocurrir en todos los contratos han conducido, en muchos países, a la admisión del “*ius variandi*”, debido a causas

---

<sup>28</sup> Art. 9° inc. i) Ley 27.328.

<sup>29</sup> Ver: Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, T° II, 7ª ed., obra actualizada por Roberto E. LUQUI, ed. La Ley, p. 960 (la versión de esta parte del libro corresponde a la autoría del actualizador).

imprevistas o justificadas, a condición de que no se altere el objeto ni el fin central del contrato, ya que las razones que impulsan la modificación contractual deben ser objetivas, es decir, que la modificación igualmente hubiera procedido y necesitado realizarse, cualquiera hubiera sido el oferente que participó en la licitación<sup>30</sup>.

Contra esta última modalidad del “*ius variandi*”, practicada en Latinoamérica y admitida en España por la práctica y jurisprudencia de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas<sup>31</sup>, ha reaccionado el derecho comunitario de la Unión Europea estableciendo, con la finalidad de reforzar el principio de competencia y de fomentar la mayor concurrencia posible en todas las contrataciones regidas por el derecho comunitario, la obligatoriedad de convocar a una nueva licitación pública<sup>32</sup>, limitando el ejercicio del poder modificatorio, cuya utilización ha motivado que se lo acotase al punto de regularlo como una facultad que solo procede en casos muy excepcionales.

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

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

---

<sup>30</sup> Ampliar en nuestro libro *El Contrato Administrativo*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 37.

<sup>31</sup> Vid: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L, *La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa del reequilibrio económico*, en el libro *El impacto de la crisis en la contratación pública* (dir. Francisco L. Hernández González) ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2016, ps. 232-234.

<sup>32</sup> Esta política legislativa de la Unión Europea se halla precisada en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y en la Directiva 2014/23/UE concerniente a la adjudicación de los contratos de concesión (arts. 72 y 43, respectivamente). Ambas fueron incorporadas a la reciente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 8 de noviembre de 2017.

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

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

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

c) las modificaciones no sean sustanciales dando lugar a un contrato de naturaleza diferente ni introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación originario hubieran permitido la selección de candidatos distintos o la participación de un número mayor de participantes o bien, alteren el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista; y d) supongan una ampliación importante de la cuantía del contrato por superar el 15% del precio inicial del contrato de obras o el 10% de los demás contratos.

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

Este cambio radical de la nueva LCSP ha llevado al eminente jurista español, Tomás Ramón FERNÁNDEZ, al actualizar la magistral obra escrita con su maestro, a decir que “de la tradicional libertad de despliegue del “*ius variandi*” se ha pasado a un régimen

extraordinariamente riguroso que ha convertido la modificación de los contratos en algo realmente excepcional...”<sup>33</sup>.

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

En la misma línea, en el sentido de que no resulta posible, en el derecho comunitario europeo, proceder a la modificación “sustancial” de un contrato o una concesión sin pasar por un nuevo procedimiento de selección y consecuente adjudicación, salvo las excepciones previstas por las Directivas comunitarias, se ubica la reforma legislativa francesa introducida por el Decreto 2014-1341, de 6 de noviembre de 2014 que adaptó las prescripciones del art. 43 de la Directiva comunitaria europea sobre concesiones<sup>34</sup>.

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

En el complejo contexto de los contratos administrativos figura una extensa gama de prerrogativas de poder público, en el sentido antes explicado, en la medida que abren la posibilidad de alterar tanto el principio de la “*lex inter partes*” como el “*pacta sunt servanda*”, particularmente en la nueva ley argentina de contratos de PPP, en la cual, en concordancia con las nuevas ideas que rigen en materia de contratación estatal, se prescribe que todas las prerrogativas deben contemplarse en los pliegos y documentación contractual<sup>35</sup> lo que excluye la posibilidad de que la Administración utilice las llamadas prerrogativas implícitas o sobreentendidas, que, al no encontrar su andamiaje en el

---

<sup>33</sup>GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., T° I, p. 789, agregando que de ese modo “de la antigua regulación solo queda en pie la vieja regla... según la cual las modificaciones solo son obligatorias para el contratista cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20% del precio inicial del contrato (arts. 204.1 y 206.1)”.

<sup>34</sup> Véase: DELAUNAY, Benoit y CLAEYS, Antoine, *El impacto de la crisis en la legislación francesa sobre contratación pública*, en la obra *El impacto de la crisis...* cit., ps. 460-461.

<sup>35</sup> En particular, la ley exige que la rescisión anticipada del contrato debe hallarse contemplada expresamente en los pliegos y documentación contractual (art. 9 inc. B).

ordenamiento positivo, transgreden el principio de legalidad. Esta es también la orientación actual del Consejo de Estado francés, que exige que la cláusula exorbitante (es decir, la prerrogativa de poder público) solo se admite si está contenida en el Pliego de condiciones del contrato<sup>36</sup>.

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

**iv.1** En primer lugar, nos referiremos al ejercicio de la potestad de extinguir anticipadamente el contrato por razones de interés público. Lo que no suele verse en la doctrina que aborda este formidable privilegio de la Administración es, simplemente, que el ejercicio de esta prerrogativa, aparte de prestarse al autoritarismo y a la corrupción, genera el derecho de compensación al contratista de los daños que ocasiona la terminación anticipada del contrato que, en principio, incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante, no obstante que algunas legislaciones hispanoamericanas circunscriben dicha indemnización solo al daño emergente<sup>37</sup>. Se trata de un supuesto de responsabilidad contractual por su actividad legítima del Estado<sup>38</sup>.

En Francia, aunque este dato suele ser soslayado por la doctrina y jurisprudencia argentinas que postulan una concepción autoritaria sobre el contrato administrativo, se ha considerado (C.E. caso “*Distillerie de Magnac-Laval*” de 2 de mayo de 1958) que “el contratista no tiene por qué sufrir las consecuencias financieras de... una rescisión anticipada, máxime cuando no se ha cometido falta, y, en consecuencia, debe ser indemnizado de la totalidad de su perjuicio, incluido su lucro cesante”<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif...*, cit., p. 392 con cita de los precedentes (“*Commune de Borce*” CE de octubre de 1989 y UCAP, TC del 5 de julio de 1999).

<sup>37</sup> Sin embargo, la cláusula 91.6 del modelo de contrato de PPP, aprobado por Resolución N° 147-e-2018 de la Dirección Nacional de Vialidad, excluye la indemnización del lucro cesante en el supuesto de rescisión anticipada del contrato, lo que conculca las prescripciones expresas de la ley que regula los CPPP (art. 9) inc. p) y 11 de la ley 27.3828.

<sup>38</sup> Vid PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad estatal lícita y la indemnización por lucro cesante*, JA Suplemento del 11 de noviembre de 2009 y del mismo autor *La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el derecho argentino*, en obra colectiva *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo*, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2017, p. 98 y ss.

<sup>39</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif...*, cit., p. 410.

De acuerdo con a esta tendencia, la reciente ley argentina que regula los contratos de Participación Público-Privada (PPP)<sup>40</sup> prescribe expresamente que no rigen las prescripciones establecidas en otras leyes cuya principal consecuencia es que debe compensarse no solo el daño emergente sino también el lucro cesante, cuya indemnización debe ser previa<sup>41</sup> y que no podrá ser inferior a la inversión no amortizada para cumplir el mandato constitucional que ordena que todo sacrificio particular por razones de interés público debe ser previamente indemnizado.

**iv.2** Al propio tiempo, la ley de CPPP requiere que la suspensión, así como la declaración de nulidad del contrato por razones de legitimidad deba ser solicitada y declarada por el tribunal judicial con competencia en la materia<sup>42</sup>, lo que es congruente con el principio de la tutela judicial efectiva que rige en el ordenamiento argentino por aplicación de los arts. 18 de la CN y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En rigor, el art. 9 inc. p) de la ley 27.328 (CPPP) prescribe la exclusión de la potestad de revocar de oficio un contrato o acto administrativo. Sin embargo, será necesario, dado el carácter alternativo que tiene el régimen de los CPPP, que la respectiva cláusula se incluya expresamente en los pliegos y documentación contractual, para que adquiera plena efectividad<sup>43</sup>.

**iv.3** Si bien la ley de contratos de PPP no la enuncia expresamente, aunque se refiere a “*otras causales*”<sup>44</sup>, la Administración puede ejercer la prerrogativa de declarar la caducidad del contrato de PPP por incumplimiento de las obligaciones del contratista dado que esta facultad se encuentra prevista en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos<sup>45</sup>. Es por demás claro que, por aplicación de la norma de la LNPA (art. 21), aplicable en forma directa a los contratos administrativos (art. 7 última parte LNPA), para habilitar la declaración de caducidad del contrato es imprescindible que se trate del incumplimiento de

---

<sup>40</sup> Ley N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada (PPP), art. 9 inc. p) la indemnización debe ser previa (art. 10)

<sup>41</sup> Art. 10 Ley 27.328, prescribe que la indemnización no podrá ser inferior a la inversión no amortizada.

<sup>42</sup> Art. 9 inc. p) in fine.

<sup>43</sup> Interesa señalar que, en Francia, los actos irregulares (de nulidad absoluta) si bien pueden ser revocados la sede administrativa, solo pueden revocarse mientras no hayan expirado los términos del recurso contencioso, es decir, cuatro meses después de dictada la decisión (CE, 26 de Oct. de 2001, *in re* “Ternon”), véase: MORAND DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif* ... cit., p. 356.

<sup>44</sup> Art. 9 inc. p), Ley 27.328.

<sup>45</sup> Art. 21 LNPA.

una obligación esencial<sup>46</sup>, debiéndosele otorgar al contratista, previa constitución en mora, un plazo razonable para su cumplimiento.

**iv.4** En cuarto lugar, la ley de contratos de PPP prevé la posibilidad de introducir en el clausulado contractual (pliego y documentación) las estipulaciones que reglamenten el ejercicio de la “*exceptio non adimpleti contractus*”<sup>47</sup>, estableciendo la posibilidad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones a los usuarios de servicios públicos así como en las actividades de interés público que lleven a cabo los contratistas que colaboren con la Administración en esta especie de contratos de PPP (en lo concerniente a la ejecución contractual), debiéndose delimitar los supuestos que justifiquen su procedencia.

**iv.5** Un punto de no menor importancia concierne al llamado riesgo operacional. En efecto, no obstante que, según autorizada doctrina, se trata de un supuesto distinto del de riesgo y ventura que domina actualmente la contratación pública en el derecho comunitario europeo con las salvedades de siempre (vgr. fuerza mayor, actos propios de la Administración o hecho del príncipe) la regulación del riesgo operacional, particularmente la materia de concesiones, viene a demostrar que se trata de un instrumento que, antes de fundarse en un prejuicio contrario a las concesiones administrativas tiende a promoverlas o estimularlas<sup>48</sup>.

Por de pronto, hay que reconocer primero que por riesgo operacional se entiende al que es propio de la operación concesional en la medida que implique asumir por el concesionario una parte significativa del riesgo (lo que reduce el principio de riesgo y ventura) y, por otra parte, no puede desconocerse que la regulación comunitaria europea permite suplantarlo por el llamado riesgo de oferta, suministro o disponibilidad<sup>49</sup>. En definitiva lo que pretende la regulación comunitaria europea es que cuando el concesionario asuma el riesgo operacional ello no sea una ficción y por tanto reemplazable por la vía de la reparación. Es decir, que constituya un riesgo efectivo en la inteligencia de que si el

---

<sup>46</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Caducidad y Revocación de la Concesión de Servicios Públicos*, ed. Abeledo, Buenos Aires, 1997, p. 38.

<sup>47</sup> Art. 9° inc. 1), Ley 27.328.

<sup>48</sup> HUERGO LORA, Alejandro, *Skin in the game: Riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa* en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 74, Madrid 2018, p. 20 y ss.

<sup>49</sup> *Ibidem* p. 26.

concesionario está en condiciones de asumirlo se produzca una mejora en las finanzas públicas y en la competitividad del sistema de concesiones.

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

Por último, cabe puntualizar que en el régimen que instituye la ley argentina de CPPP se prescribe que los pliegos y documentación contractual deberán contener “el equitativo reparto de aportes y riesgos ... contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras cosas, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato”<sup>50</sup>.

## **V. La aplicación de los principios generales del derecho.**

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

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

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

---

<sup>50</sup> Art. 9, inc. b), Ley 27.328.

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

Por otra parte, en materia de responsabilidad contractual, aparte de la aplicación de los principios y normas propias del derecho civil, rige el principio de justa indemnización en los dos supuestos en que se configura esta clase de responsabilidad, conforme a los arts. 3º, inc. d) y 4º, incisos d) y e) de la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944, los que se circunscriben a: 1) la llamada falta de servicio contractual (por incumplimiento obligacional y 2) la existencia de daño o sacrificio especial que el contratista no tiene el deber de soportar<sup>51</sup>.

## **VI. Reafirmación del principio de competencia como eje de los procedimientos de selección.**

La evolución operada en el derecho comunitario europeo y, consecuentemente, en el derecho de los países miembros mediante las pertinentes transcripciones a los ordenamientos nacionales reafirma a las claras la continuación de la línea marcada inicialmente en los tratados comunitarios articulada sobre el principio de competencia o libre concurrencia, tanto en la contratación pública clásica como en los sectores asimilados (ver: agua, energía, transporte y servicios postales) a los que impone una regulación armonizada cuando el valor del contrato supera determinadas cuantías o umbrales<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. PERRINO, Pablo Esteban. La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada. La Ley, Buenos Aires 2015, p. 238 y ss.

<sup>52</sup> En la LCSP de España, que ha transpuesto la Directiva Comunitaria 2014/24 sobre Contratación Pública la principal consecuencia que impone la regulación armonizada es el sometimiento al procedimiento de

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

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

La sanción en España de la LCSP (Ley 9/2017), está en sintonía con las citadas directivas comunitarias y prescribe que “los órganos licitadores darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y publicidad”<sup>53</sup> y que “velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda del principio de la libre competencia”<sup>54</sup>.

Como consecuencia de esos principios se impone la licitación como regla en los procedimientos de selección en los contratos sujetos a regulación armonizada e incluso en los contratos no sujetos a regulación armonizada cuando se trate de contratos celebrados por “poderes adjudicadores” que no tengan la condición de Administraciones Públicas<sup>55</sup>.

Escaso margen ha quedado para la contratación directa que se limita a contratos menores que celebran los poderes adjudicadores tanto si tienen la condición de Administración Pública como si carecen de esa condición cuando no superen un umbral que es extremadamente bajo<sup>56</sup>.

Interesa puntualizar también que, en los regímenes contractuales europeos, la licitación aparece como un procedimiento amplio que puede ser tanto abierto<sup>57</sup> como restringido<sup>58</sup> y

---

adjudicación previsto en la ley y la específica obligación de publicar el anuncio de licitación, además de hacerlo en el “Boletín Oficial del Estado” o en el Diario Oficial de la Unión Europea” (art. 135.1 LCSP)

<sup>53</sup> Art. 132.1 LCSP.

<sup>54</sup> Art. 132.3; ver en el mismo sentido: Art. 132.2

<sup>55</sup> Art. 318, inc. b) LCSP.

<sup>56</sup> Art. 318, inc. a) LCSP.

<sup>57</sup> Art. 156 y ss. LCSP.

<sup>58</sup> Art. 160 y ss. LCSP.

que en cualquier caso se promueve siempre la participación de interesados idóneos así como que los órganos de contratación pueden realizar consultas preliminares al mercado<sup>59</sup>.

A su vez, la LCSP de España contempla otros procedimientos de selección que le confieren una gran flexibilidad a los procesos de adjudicación contractual, señalando a título ilustrativo, el procedimiento de negociación con publicidad<sup>60</sup>; el dialogo competitivo<sup>61</sup>; el procedimiento de asociación para innovación<sup>62</sup>; y la regulación de los concursos de proyectos<sup>63</sup>, los cuales presentan una tipicidad diferenciada que no resulta incompatible con el principio de la libre competencia o bien, que procede en caso de licitaciones directas o fracasadas, cuestiones cuyo comentario excedería el propósito de este trabajo.

## VII. A modo de conclusión

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

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

Las razones para ello, radican en la proliferación de abusos en el ejercicio de la potestad modificatoria (que se advierte en las Administraciones Públicas y en los contratos de empresas privadas regidos por el derecho comunitario europeo) y en la consecuente

---

<sup>59</sup> Art. 115, LCSP.

<sup>60</sup> Art. 166 y 167 LCSP.

<sup>61</sup> Art.168 LCSP.

<sup>62</sup> Art. 177 LCSP.

<sup>63</sup> Art. 183 LCSP.

necesidad de combatir la corrupción generalizada que afecta la credibilidad tanto de los gobiernos como de las empresas privadas.

Al propio tiempo, determinados ordenamientos, acompañan las nuevas tendencias encaminadas a morigerar los poderes de la Administración en los contratos públicos, moderando la vis coactiva mediante la exigencia de la intervención previa de la justicia para autorizar el uso de la coacción sobre personas y bienes y, en general, a través del rechazo de las prerrogativas implícitas o sobreentendidas, en cuanto a su procedencia afecta gravemente los principios de legalidad y de seguridad jurídica y, sobre todo, porque fomentan la práctica de un autoritarismo contrario a las libertades públicas, además de afectar la regla del mantenimiento de la ecuación económica-financiera del contrato.

En esa línea, los ejes de la moderna regulación europea de la contratación pública no giran ahora, exclusivamente, alrededor de las prerrogativas públicas (que aparecen cada vez más morigeradas) sino que tienden a proteger la seguridad jurídica que está en el fondo del derecho del contratista a que la Administración cumpla lo pactado y, al propio tiempo, a preservar el derecho de competencia, base de la economía social de mercado. En este sentido, el interés público no sirve como pretexto para fundamentar la extinción anticipada del contrato público ya que no solo no figura entre las prerrogativas enunciadas<sup>64</sup> sino que incluso el derecho comunitario europeo<sup>65</sup> no permite el rescate de concesiones y si bien el derecho español lo admite, en los hechos lo torna tan difícil que la cláusula carece de operatividad<sup>66</sup>.

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

---

<sup>64</sup> Art. 190 LCSP.

<sup>65</sup> GIMENO FELIU, José María, El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, en *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, N° 74, Marzo 2018, p. 8. En efecto, el art. 44 de la Directiva 2014/23 UE, no contempla el rescate.

<sup>66</sup> *Ibidem*, ps. 8-10.

Se trata de un nuevo régimen alternativo de contrato público, en principio de naturaleza administrativa por las finalidades que persigue, que alberga en su régimen tanto los clásicos contratos administrativos como los de objeto privado de la Administración, cuya principal característica es su flexibilidad e incluso, en cierto modo, una atipicidad que desplaza la aplicación del bloque de ordenamientos legales que rigen los contratos administrativos típicos (principalmente las Leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias y Decreto 1023/2001, sus modificatorias y reglamentación), las cuales “no serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica”<sup>67</sup> ya que, como lo reconoce la propia ley de CPPP, esta figura constituye una alternativa a las regulaciones de dichos contratos administrativos<sup>68</sup> con el objetivo, entre otros, de “impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista...”<sup>69</sup>.

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

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

---

<sup>67</sup> Art. 31 Ley 27.328.

<sup>68</sup> Art. 2° Ley 27.328.

<sup>69</sup> Art. 4° inc. l), Ley 27.328.