

**Título:** Contratos administrativos y principios constitucionales

**Autor:** Gelli, María Angélica

**Publicado en:** LA LEY 19/05/2014, 19/05/2014, 1 - LA LEY2014-C, 799

**Cita Online:** [AR/DOC/1544/2014](#)

**Sumario:** 1. Las dimensiones de análisis de los contratos administrativos. — 2. Preguntas preliminares acerca de los contratos administrativos. — 3. Los principios constitucionales

El criterio de razonabilidad que examina la relación de medios y fines ha sido el más débil cuando se ejerce el control por parte de los jueces. Dada como punto de partida la legitimidad del fin, se analiza si éste tiene aptitud para cumplirlo. En cambio esa pauta debe de ser la más intensa cuando la aplica la administración, respecto de los contratos administrativos. Todavía más si, eventualmente, la ley o el Poder Ejecutivo imponen el deber de contratar.

### **1. Las dimensiones de análisis de los contratos administrativos**

En mayo de 2004, Agustín Gordillo dirigió un Suplemento Especial cuyo título sistémico no podía ser, entonces, más pertinente. Varios autores debían reflexionar sobre un tema común: "El Contrato Administrativo en la Actualidad" [\(2\)](#). La República Argentina había atravesado una de las tantas crisis económico-financieras de su historia, la de 2001-2002 de inusual gravedad, con su temible secuela de daños sociales. Aunque ya hacia finales de 2002 y principios del año siguiente los problemas parecían enderezarse, lo cierto es que la salida del régimen de convertibilidad de la moneda había provocado la ruptura de la totalidad de los contratos, públicos y privados y, sobre todo, quebrado la fe de la sociedad en la solvencia del Estado y la aptitud de los gobernantes para responder con eficacia y eficiencia a la solución de los gravísimos problemas que se habían generado. La sociedad olvidaba, quizás, su parte de responsabilidad en los bandazos de las políticas públicas que, a la postre, la afectaban, porque hasta que los efectos no se hacían tangibles con crudeza se desinteresaba de las causas que los producían.

En 2004 ya se había elegido un nuevo gobierno en la República Argentina, regía la ley 25.561 de emergencia económica —y rige hasta hoy, con modificaciones— [\(3\)](#) y las convulsiones pasadas hacían necesario, otra vez, el examen del contrato administrativo, tan ligado a la actividad estatal.

Susana Vega recordó en aquella publicación, con acierto, que "el contrato administrativo se desarrolla y fenece en la interrelación existente entre la política, la economía y el derecho" [\(4\)](#). Por mi parte, añado la dimensión cultural como una de las que más influyen en el desarrollo, el perfil y la finalización de la contratación pública.

Sin duda, las denominadas políticas públicas se instrumentan en gran medida por medio de la celebración de los más diversos contratos administrativos, en especial, las obras públicas, las concesiones de obra pública, de licencias de servicios públicos o los permisos de uso del dominio público [\(5\)](#). Se trata, en estos casos, del despliegue de la política arquitectónica a fin de cumplimentar el objetivo del Preámbulo de la Constitución Nacional de "promover el bienestar general"; de aplicar las leyes de progreso y bienestar que debe trazar el Congreso federal conforme a lo dispuesto por el art. 75, incs. 18 y 19 de la Constitución Nacional; de ejercer las atribuciones específicas que corresponden a la Administración o las obligaciones de las "autoridades" de las que derivan los derechos declarados, como por ejemplo en art. 42 de la Constitución referidos a los derechos de usuarios y consumidores.

Sin embargo, la promesa, los proyectos o la rescisión de contratos administrativos pueden estar impulsados en gran medida, o sólo, por la política agonal, la lucha por obtener, conservar y, eventualmente, recuperar el poder. Si ese es el único impulso de la contratación pública se trastocarán los objetivos de bienestar por los de malestar social, generando problemas adicionales en la gestión pública, sin eficacia ni eficiencia, como se verá.

La economía, que trata de administrar bienes escasos, es una de las dimensiones que debieran considerarse en la contratación pública. El análisis económico y financiero debe proporcionar alguna de las respuestas racionales acerca de cómo se realizará la obra; con qué recursos; hasta cuándo se prevé desarrollar el proyecto de que se trate; quienes soportarán el costo de su realización; qué opciones deberán desestimarse al elegir una de ellas —costos y beneficios, no solo económicos, de la obra-; en fin, a quiénes aprovechará la formalización del contrato. Porque es sabido —o debería conocerse— que ninguna prestación resulta gratuita aunque se decida por las autoridades, en justicia y equidad, que sus destinatarios no pagaran directamente el servicio. El hecho de que el costo de la contratación administrativa provenga de la asignación de recursos que se distribuyen en los

presupuestos nacionales o locales, a los que todos los habitantes contribuyen con los tributos que pagan —con los que también se solventan las deudas públicas externas o internas, que eventualmente se contraen— exige afinar las elecciones que se toman frente a los recursos de los que se disponen, que, como se indicó, son siempre escasos.

Por otro lado, la política agonal puede nublar el juicio de los propulsores y ejecutores de la contratación pública, al no medir riesgos y consecuencias, siguiendo sólo el entusiasmo popular que suele cambiar sin aviso previo, renunciando a explicar, persuadir y comprometer a las generaciones presentes con los cambios necesarios para el bienestar en el futuro, desde luego sin sacrificar a las generaciones presentes [\(6\)](#). Es ampliamente conocido que, por esa vía, puede no obtenerse o conservarse el poder aunque se inicie un camino de progreso sustentable al final del recorrido. Esa es la razón por la cual se utilizan eslóganes, frases con impacto que oscurecen lo que en definitiva se intentará hacer [\(7\)](#). La cuestión presenta un dilema, al que se volverá al examinar la dimensión cultural de la contratación administrativa.

Los contratos administrativos están —o pueden estar— reglamentados en leyes generales o en éstas y en las cláusulas de los contratos específicos. La normativa general, a su vez, puede emanar de disposiciones de emergencias, tan recurrentes en nuestro país. Tal, por ejemplo, las del decreto delegado 1023/01, sobre el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional todavía vigente [\(8\)](#). Estas normas —u otras que se emitan— deben respetar el bloque constitucional y federal que emana del Art. 31 de la Constitución Nacional, en armonía con el 75, inc. 22 y 24 de esa Ley Suprema. He ahí, la dimensión jurídica de la contratación administrativa que encuentra sus bordes en el respeto del principio de supremacía federal y en el principio de supremacía constitucional —convencional. Dicho de otra manera, los contratos administrativos deben de celebrarse y cumplimentarse dentro del sistema constitucional, aún durante las emergencias. Éstas merecen un capítulo aparte porque su mantenimiento sin interrupción —mediante el artilugio de prorrogarlas cada año o cada dos, como últimamente ha sucedido, disloca o favorece la alteración de todo el sistema jurídico.

Esa dimensión —la jurídica— plantea problemas específicos según sea la concepción del contrato administrativo en especial, y la del Estado y su papel en la economía en general, de la que se parta. El cambio permanente de los idearios —aunque encubran intereses no

necesariamente espurios— genera un movimiento ambivalente: la normativa permanece o muda en parte, generando inconsistencias en el sistema, entre lo que se procura obtener y las medidas concretas que se toman por las autoridades.

Al respecto resulta interesante considerar y reparar en algunas de los fundamentos que se vertieron al sancionarse el decreto delegado 1023/01 sobre el ya citado Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Entre otra razones, se enunció que "en todos los casos las facultades delegadas tienden a fortalecer la competitividad de la economía y a mejorar la eficiencia de la Administración Pública...que el incremento de la eficiencia en la gestión de las contrataciones estatales reviste un carácter estratégico por su impacto en el empleo, en la promoción del desarrollo de las empresas privadas y en la competitividad sistémica" [\(9\)](#). La apelación a la competencia del sistema hace pie, por cierto, en el art. 42 de la Constitución Nacional, en tanto que las autoridades deben defenderla contra toda forma de distorsión de los mercados. En consecuencia, el fin de la norma delegante es consistente con lo dispuesto en la Ley Suprema, no obstante queda por ver si los medios empleados la respetan en todos los casos.

Hasta aquí los aspectos de la contratación administrativa que la hacen tan compleja, directamente ligados a la acción estatal. Pero, a más de ello, la cultura de una sociedad, sus creencias arraigadas, por ejemplo y en lo que aquí interesa, la idea acerca de que los servicios gratuitos que presta el Estado no tienen costo alguno para los habitantes del país y los paga no se sabe bien quién; sus prejuicios consolidados —juicios previos al conocimiento de los problemas que, siempre, son complejos— e impiden, por ello, las rectificaciones necesarias; los hábitos mentales para pensar las cuestiones, cuando son reduccionistas; los patrones de conducta, expresos o implícitos, los símbolos que se asumen como propios y, en consecuencia no se cuestionan aunque lleven a las crisis o, peor, a la decadencia.

Como puede advertirse, estoy usando un concepto de cultura restringido. Es conocido que el significado de cultura es controversial en cuanto a la amplitud de todo lo que cabe o no dentro de esa concepción [\(10\)](#). En sentido estricto, me estoy refiriendo a las creencias, hábitos mentales, mitos y prejuicios que conforman una mentalidad, en este caso en torno del papel del Estado en la sociedad, sus funciones y rango amplio de arbitrio que se le reconoce popularmente y sobre el cuál no se evidencia preocupación por controlar, hasta que se produce una crisis. En suma, la cultura "es una forma de vida, un modo de pensar, de

actuar, de sentir" [\(11\)](#). Por eso suele ser tan difícil someter a revisión esas formas de pensar o de ser, aunque —mantengamos la esperanza— no imposible de lograr [\(12\)](#).

El modo de pensar los contratos públicos tiene importancia en la transparencia y solidez de las contrataciones por una doble vía: puede imponer rupturas o cambios abruptos a los gobernantes o puede ser usado por éstos para justificar esas mudanzas.

En consecuencia de lo que antecede, la consideración del marco constitucional de los contratos administrativos no debe de ignorar las dimensiones entre las que se inserta, aunque sea prioritario examinar la estructura jurídica que los diseña. Acerca de ello conviene plantear dos interrogantes previos.

## **2. Preguntas preliminares acerca de los contratos administrativos**

En torno a la dimensión jurídica de la contratación pública cabe, según lo interpreto, dos cuestiones que merecen una consideración previa, siquiera breve.

En primer lugar, ¿cuál es —si la hay— la diferencia sustantiva entre los contratos administrativos y los demás contratos en cuanto a la protección y seguridades que les son debidas, lo que llamamos la seguridad jurídica que debe existir —y no solamente respecto de la contratación pública— y que se quiebra si no se las garantiza?

Sobre el punto, la teoría de Mairal acerca "de la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo" resulta insoslayable porque pone en foco las consecuencias de una proposición que exagera la pertinencia de las llamadas cláusulas exorbitantes para proteger el "interés público", el "bien común" o la "finalidad pública" [\(13\)](#). Estos objetivos legítimos, aunque indeterminados por naturaleza, son utilizados para ampliar la discrecionalidad estatal en el mantenimiento, condiciones o finalización de los contratos administrativos, en ocasiones sin darles un contenido preciso y concreto. Admitidas estas características como punto de partida, las diferencias entre los contratos administrativos y los contratos privados en torno a las seguridades debidas a unos u otros son notorias. ¿Pero, se ajusta esa diferenciación a los principios constitucionales? ¿O se trata, más bien, de una construcción cultural, en la que tuvieron influencia el derecho comparado y las peripecias históricas de nuestro país?

Según se ha explicado, el desarrollo y esplendor de la teoría del contrato administrativo en la República Argentina se debe a la influencia de la doctrina francesa sobre la doctrina

jurídica en el país, a la prevalencia por largos períodos de una economía cerrada a la competencia externa y a la existencia de un Estado que generaba más de la mitad del producto bruto interno [\(14\)](#). A ello debe agregarse, según lo estimo, que los seis golpes de Estado en el siglo XX, en un país fuertemente presidencialista facilitaron, aún más, la consolidación del poder en el Ejecutivo. La capacidad de influencia abierta, plural, competitiva acerca de las políticas beneficiosas para los diferentes sectores en el ámbito del Congreso, mudó en la influencia cerrada, poco transparente, de pocos y poderosos actores sobre la Administración. El daño para el interés de todos, se generaba por dos vías: la contratación pública se volvía opaca y su ruptura intempestiva y discrecional —eso sí, alegando siempre el "interés público"— generaba el deber de reparar el daño a los contratistas o concesionarios afectados, agobiando con ese costo a las futuras generaciones. Los ejemplos sobran en el país. "El interés público [como bien se dijo] no es unívoco" [\(15\)](#).

Claro que las consideraciones anteriores pueden inscribirse en los planteos acerca de cuán oportunas, convenientes o necesarias resultan las reglamentaciones y aplicaciones de la contratación pública y, ello, en principio y empleando un criterio débil o laxo de control de razonabilidad, estaría excluido de cuestionamientos constitucionales.

Si las cláusulas exorbitantes están establecidas en una ley general o en un contrato administrativo específico, no hay óbice constitucional estricto que alegar porque en la contratación se respeta la autonomía de la voluntad: quien se obliga sabe a qué se obliga. No hay pues inseguridad jurídica. De todos modos, esa modalidad puede afectar en el mediano y largo plazo lo que se llama gobernanza, buen gobierno, generar costos mayores que los beneficios que se pretenden lograr. Ahora, si las cláusulas exorbitantes se predicen implícitas o son muy generales y poco concretas y se pretende su aplicación a contratos ya celebrados por la Administración, que no responden a un régimen preciso ni a ese contrato que liga al Estado con las partes, los derechos constitucionales y, eventualmente, convencionales, podrán verse afectados.

En segundo término —y aunque en parte ya se ha respondido al interrogante— cabe considerar de modo específico si las seguridades debidas en la contratación pública son constitucionales o solo dependen de la legislación administrativa o de la civil y comercial.

Debe recordarse que como consecuencia de la gran crisis económico-financiera de 2001

en la República Argentina y las medidas fuertemente restrictivas de los derechos propietarios y contractuales tomadas por el gobierno para hacer frente a la fuga de depósitos bancarios —lo que se llamó corralito bancario— se puso en duda que los derechos contractuales tuvieran raíz constitucional. En otros términos, se cuestionó que la fuente jurídica de los contratos —de todos ellos— fuese la Constitución Nacional [\(16\)](#).

Por cierto, los derechos contractuales no fueron explícitamente reconocidos en la Constitución histórica de 1853/60 aunque derivaban de los derechos de comerciar, desarrollar industrias lícitas, asociarse, educar, entre otros. El Código Civil (1869), en cambio, protegió los derechos contractuales y propietarios, concepción tributaria de una corriente individualista más que liberal y de modo más contundente que el Código de Comercio (1859). Se diría que esta concepción tuvo en cuenta más la primera parte de la Constitución Nacional, en la que se declaran los derechos y garantías, que la segunda en la que se organizan los poderes y las atribuciones del Estado, entre ellas, las atribuciones correspondientes al Congreso federal, en especial a la cláusula del progreso en el hoy art. 75, inc. 18 [\(17\)](#).

De todos modos, esa organización jurídica en la que debían primar los derechos y principios constitucionales, armonizaba instituciones e intereses igualmente legítimos y valiosos. Bajo ese sistema se sancionaron normas y reglas jurisprudenciales que expresaban los conflictos entre intereses privados y públicos, inclinando la solución hacia uno u otro, pero sin desconocer la raíz constitucional de los contratos y su deriva del derecho de propiedad [\(18\)](#).

De esa manera, los derechos propietarios incluyeron, según doctrina de la Corte Suprema, los que emergían de las cláusulas contractuales, por ejemplo en los precedentes "Horta c/Harguindeguy" (1922) [\(19\)](#); Bourdie c/Municipalidad de la Capital" (1925) —en este caso referido expresamente a una "concesión de uso sobre un bien del dominio público"— [\(20\)](#) y "Avico c/De la Pesa" (1934) en el que se impuso como borde a la facultad reglamentaria por razón de emergencia, el no alterar las obligaciones del contrato, básicamente autorizando límites o cargas temporarias sobre los contratos ya celebrados [\(21\)](#).

En consecuencia, de no existir acuerdo en la mudanza de las cláusulas contractuales, emerge el derecho a la estabilidad del contrato en el tiempo y bajo las condiciones

pactadas. Esa garantía propietaria a la estabilidad o mantenimiento de las cláusulas contractuales protege a todos los contratos sean éstos privados o administrativos, y más allá de la polémica acerca de si existe una naturaleza peculiar en éstos últimos que habilitaría un tratamiento especial —y hasta dónde— para ellos [\(22\)](#).

Claro que, también debe señalarse, las reglas del derecho positivo en Argentina han suplido el resguardo de la estabilidad por la reparación de los eventuales daños, con una doble consecuencia deplorable: por un lado, en ocasiones, si el contratante no tiene real poder para negociar —desde luego, lícitamente— deberá penar por los tribunales por largo tiempo hasta obtener la reparación. Por otra parte, si la reparación se otorga rápida y onerosamente, porque no hacerlo implicaría daños mayores para el país, los costos pueden pagarlos varias generaciones.

Sin embargo, las reglas legales y jurisprudenciales pueden modificarse, siquiera paulatinamente. Las distorsiones y las disfuncionalidades de la discrecionalidad extrema de la Administración, en términos de buen gobierno y bienestar general en el mediano y largo plazo facilitan un regreso a los principios constitucionales, a las instituciones y a las reglas perdurables.

### **3. Los principios constitucionales**

Los principios constitucionales se integran, hoy, con los principios convencionales en virtud de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos enunciados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y de los que en el futuro la adquieran, mediante el trámite especial allí establecido.

No obstante, debe tenerse presente que en punto a los derechos propietarios y contractuales que deriven del primero, en las relaciones jurídicas que surjan de los derechos administrativos, la República Argentina formuló una reserva al art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El art. 21 declara los derechos referidos a la propiedad privada. En lo que aquí interesa, el p. 1 de esa norma dispone que "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés nacional" y, el p. 2, manda que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley".



Como se advierte, en el art. 21 de la CADH no se incluye el derecho a disponer de los propios bienes a fin de que la mayor cantidad posible de Estados ratifiquen la Convención, cualquiera que fuese el sistema económico que adopten. De todos modos, el art. 29 del Tratado establece que "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". En consecuencia de esta última disposición, el mayor derecho que se reconoce en la República Argentina prevalece sobre el menor declarado en la Convención.

Como se señaló más arriba, la Argentina formuló una reserva sobre el art. 21 de la CADH. Fue expresada en estos términos: "El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales Nacionales determinen como causas de "utilidad pública" e "interés social" y ni lo que estos entiendan por "indemnización justa"". Dado que Argentina reconoció expresamente la competencia de la Comisión Americana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reserva impide que los habitantes del país puedan obtener revisión de lo actuado en el país, en los tribunales internacionales. Esta reserva, entonces, ¿actuaría como límite de las garantías de convencionalidad, del control de convencionalidad que la Corte Interamericana reconoció en la sentencia "Almonacid Arellano vs. Chile"? [\(23\)](#).

Si se lee con cuidado esa sentencia, resulta claro que los sujetos activos del control de convencionalidad son tanto los tribunales internacionales como el Poder Judicial del Estado de que se trate, en el reclamo jurisdiccional. Conforme a ello, si bien la Corte Interamericana y, antes, la Comisión Americana, no deberían controlar la política económica del Estado argentino, en sentido estricto, ni lo que los tribunales del país entienden por "utilidad pública", "interés social" o "indemnización justa", los jueces y tribunales locales, sí podrán aplicar el control de convencionalidad en el orden interno, empleando un examen de razonabilidad para medir si hubo o no arbitrariedad en la medida tomada. Como se recordará, aunque, por ejemplo en materia de expropiación, en principio no cabe control judicial sobre la utilidad pública de esa expropiación, desde antiguo la Corte Suprema admitió una excepción a la regla, examinando el art. 17 —garantías de la propiedad— en su

intersección con el 28 —principio de razonabilidad—, ambos de la Constitución Nacional [\(24\)](#). Así pues, desde mucho tiempo atrás la discrecionalidad en el ejercicio de atribuciones propias no se confunde con la arbitrariedad. De ahí la importancia del principio de razonabilidad.

### **3.1. Principio de razonabilidad**

El de razonabilidad es el principio rector de las democracias constitucionales porque el estado de derecho es, por definición, un estado de razón. Es decir, implica que todos los poderes y organismos estatales deben de fundar sus decisiones; que el arbitrio que les permite elegir entre alternativas y, dentro de éstas, entre opciones, no se confunde nunca —no debiera confundirse nunca— con arbitrariedad.

Parece obvio, pero conviene recordar que el capricho gubernamental; el ánimo persecutorio; el desentendimiento por los efectos de las decisiones que se toman; el enmascaramiento de los motivos que llevan a optar en un sentido o en otro, en ocasiones por comodidad o temor a la reacción popular que puede generar el manifestar los verdaderos motivos que llevan a obrar, no constituyen, en ningún caso, motivos legítimos.

Así, entonces, el análisis de razonabilidad debe de presidir la toma de decisión del poder político y, por cierto, el control de cuán razonables fueron esas decisiones, corresponde al Poder Judicial en los casos concretos.

Las pautas de razonabilidad son conocidas: relación de medios y fines; proporción de los medios respecto de los fines; medios alternativos menos onerosos para quienes resulten limitados en el ejercicio de sus derechos; ponderación de derechos en eventual conflicto sin alterar ninguno de ellos, más intereses y valores en juego; control más estricto cuando esté implicada la igualdad; costos y beneficios de los medios instrumentados; todas estas pautas analizadas en el contexto de emergencias declaradas.

Aunque todas esas pautas y las que derivan de ellas pueden emplearse en materia de contratos administrativos, dos —en los extremos— me parecen las más oportunas para considerar, por su pertinencia sobre la cuestión: la de la relación entre medios y fines y la de costos y beneficios.

El criterio de razonabilidad que examina la relación de medios y fines ha sido el más débil cuando se ejerce el control por parte de los jueces. Dada como punto de partida la

legitimidad del fin, se analiza si éste tiene aptitud para cumplirlo. En cambio esa pauta debe de ser la más intensa cuando la aplica la administración, respecto de los contratos administrativos. Todavía más si, eventualmente, la ley o el Poder Ejecutivo imponen el deber de contratar. En muchas circunstancias, los fines enmascaran intereses detrás de idearios que aparentan —o tienen— legitimidad social. Es por ello, que el poder político debe levantar las opacidades de la gestión, ser explícito y estar dispuesto en el debate democrático, antes de tomar la decisión, a esclarecer qué se busca en realidad. Si los fines, por políticos, no deben de examinarse por los jueces, salvo hostigamiento a personas o grupos de personas, sí debe evaluarse detenida y ampliamente por las autoridades políticas.

El análisis de los costos y beneficios —para quiénes y para qué, unos u otros— resulta una obligación esencial del buen gobierno, es la gobernaza; las autoridades deben ponderarlos públicamente —los discursos oficiales construyen cultura, para bien o para mal— y los electores debiéramos pedir cuenta de ello.

Pero, sin duda, este estándar es difícil —no imposible— de aplicar por los tribunales porque al argumentar acerca de los costos de las medidas, los perjuicios que se requieren alegar y probar, pueden exceder de la legitimación estricta. Claro que si los jueces pueden ejercer control de constitucionalidad de oficio —y el de razonabilidad es una especie de ese control— no existe impedimento en que la pauta de examen se amplíe ya que la inconstitucionalidad y la razonabilidad, fueron expresamente planteadas.

### **3.2. Principios de eficacia y eficiencia**

Aunque los dos términos pueden considerarse sinónimos, el primero puede aplicarse al cumplimiento de los medios establecidos, es decir, a la obediencia por parte de sus destinatarios de la disposición legal o administrativa. La eficiencia, en cambio, examina si acatada la decisión —con asentimiento o bajo protesta— los fines perseguidos, tenidos en mira y proclamados, se verificaron o si por el contrario, las consecuencias fueron diametralmente opuestas a lo buscado. Diríamos que el bien común se transformó en mal común. Para que ello no ocurra debe de tenerse presente la complejidad de los problemas, considerar los posibles daños colaterales de los emprendimientos, antes de concretar la relación jurídica, dado que las rectificaciones afectan derechos que deben repararse [\(25\)](#).

El deber de eficiencia es compartido por la Administración y los contratantes. La primera porque debe de preverla, los segundos porque deben cumplir sus obligaciones para no

distorsionar los fines enunciados en las políticas públicas. Son responsables de ello junto con la Administración.

### **3.3. Principio de sustentabilidad**

De este principio también emanan deberes recíprocos, de la Administración y de los contratantes. La sustentabilidad que se requiere es económica, financiera, social y ambiental. El art. 42 de la Constitución Nacional enumera los deberes específicos y generales de las autoridades para garantizar de modo sistémico los derechos de usuarios y consumidores. Por poner un solo ejemplo: si las autoridades consideran apropiado o necesario abaratar el transporte urbano de pasajeros —el fin buscado— e instrumentan un subsidio por ómnibus, no por pasajero transportado —el medio elegido— puede suceder hipotéticamente que la empresa que recibe el subsidio no tenga interés en controlar que las unidades se detengan en todas las paradas, porque ello no varía el valor de lo que recibe generando perjuicios —¿no previstos?— para los usuarios.

Este principio exige, además una evaluación de costos y beneficios en materia ambiental y controles posteriores y transparentes durante la ejecución de los contratos.

### **3.4. Principio de consistencia internacional**

El art. 27 de la Constitución Nacional dispone que "El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución". Esta norma que fue sancionada en 1853, indica la exigencia de respetar el derecho público, la Constitución en especial, en la celebración de todos los tratados [\(26\)](#). En 1994, al declarar la jerarquía constitucional de los Tratados de Derecho Humanos en el art. 75, inc. 22, dio lugar a un debate interpretativo que, según lo entiendo, no ha concluido hasta hoy. Este artículo dispone en su primer párrafo que "...los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Es decir, están por debajo de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos con esa jerarquía.

La República Argentina firmó una serie de convenios de protección de inversiones extranjeras prorrogando la jurisdicción nacional a favor de la jurisdicción arbitral internacional para dirimir las eventuales controversias que se susciten en este último ámbito, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), del

Banco Mundial. A partir de 2002, la crisis produjo la ruptura de todos los contratos, entre ellos los administrativos celebrados con inversores extranjeros. La ley de emergencia 25.561, ya citada, declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, efectuó importantes delegaciones en el PEN y dejó sin efecto las condiciones de ajustes pactadas, las cláusulas indexatorias convenidas, pesificando las tarifas (art. 8º). Al mismo tiempo, autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos cuyo objeto fuera la prestación de servicios públicos, teniendo en cuenta los siguientes criterios: 1) el impacto de la tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas.

Esa normativa generó una serie de controversias judiciales en el orden interno y ante el CIADI. Entonces, se le plantearon al Estado dos alternativas respecto a las exigencias de los tratados de protección de inversiones extranjeras. Una de ellas, cuestionar la constitucionalidad de esas convenciones por violación del derecho a la jurisdicción argentina (Art. 116 de la Constitución Nacional), interpretando esta norma de manera estricta, desconociendo, así, la jurisdicción arbitral [\(27\)](#). La otra, aceptar la jurisdicción a la que se había obligado, plantear y discutir allí las atribuciones y derechos estatales en razón de la emergencia y, eventualmente convenir acuerdos para zanjar el conflicto. El problema mayor para optar por la primera alternativa es que la circunstancial invocación del art. 27 la debía alegar no ya un tercero afectado por el Tratado, sino el mismo Estado que se había comprometido a respetar aquella jurisdicción arbitral.

Le experiencia debió dejar una enseñanza. Cualquiera que fuese la interpretación constitucional que se siga —es claro que los demás tratados están por debajo de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional— las convenciones y los contratos se celebran para ser cumplidos. Si se desconfía del tribunal arbitral, no deben celebrarse esos convenios. Si se los firmó después de analizar los beneficios para el país de la inversión que de otro modo no llegaría, deben respetárselos. Es el principio de consistencia internacional que si se viola, afecta el crédito público e impulsa al Estado a utilizar otros mecanismos internos —como la emisión monetaria sin respaldo

productivo— directamente responsables del impuesto inflacionario. Acerca de estos principios conviene esclarecer a la opinión pública pese a la resistencia que pueda exhibirse por algunos sectores. Mayor daño proviene de ocultar al gran público cláusulas contractuales como las que en el relato del ideario se dicen defenestrar, pero se incluyen en los nuevos convenios de inversiones a los que se vincula el Estado por medio de esas mismas autoridades.

### **3.5. Principios de participación y transparencia: el derecho a la información**

La contratación pública debe de ser transparente para evitar la corrupción administrativa. El deber pesa sobre ambos contratantes y facilita la participación ciudadana en el control, mediante el acceso a la información pública. La Constitución Nacional considera un atentado contra la democracia, cometido por quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos públicos (Art. 36 de la Constitución Nacional).

El derecho fundamental de acceso a la información tiene, en materia de contratación pública, un papel relevante. Precisamente, porque el conocimiento, la divulgación de las acciones estatales pueden favorecer los controles y las rectificaciones necesarias.

En esa dirección, la Corte Suprema, en "Cippec" (2014) convalidó el derecho a la información de una ONG respecto de la ayuda social prestada por el Ministerio de Desarrollo Social a personas físicas y jurídicas, los padrones de ellas, las transferencias tramitadas y los subsidios otorgados. El fallo fue emitido por unanimidad en la decisión de los seis ministros que votaron en el caso, pero sin mayoría de fundamentos, porque el primer voto estuvo integrado por tres jueces [\(28\)](#).

En ese primer voto se hizo mérito del art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y se citó el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo en el que se reconoció el derecho a la información bajo control del Estado [\(29\)](#). La cita de la sentencia y el criterio indicado, resultan muy atinados porque en esa controversia internacional la Corte Interamericana extendió el deber del Estado de informar al Comité de Inversiones Extranjeras sobre una empresa y el proyecto de deforestación que ésta llevaría a cabo. Pero, quizás, lo más trascendente de este voto, es que relaciona el derecho a la información acerca de los planes sociales con la razonabilidad, la eficacia y la eficiencia, a fin de que pueda advertirse la funcionalidad o la disfuncionalidad

de esa política y, en el caso, rectificar los eventuales errores o distorsiones en los medios empleados [\(30\)](#).

Los principios reseñados debieran reemplazar — o a lo menos iluminar para restringir— los principios del derecho administrativo que Gordillo considera "del pasado", que se resisten a fenecer. Son los referidos a los "actos del príncipe", "actos de imperio", "actos de gobierno o institucionales" o al "poder de policía" como poder del Estado, jurídicamente ilimitado frente a la "relatividad de los derechos constitucionales". Pues tal como el autor lo pone de manifiesto, "...en las épocas en que la política se caracteriza por la desmesura y el apriete, o la violencia, este tipo de pensamiento y de conceptualización suele ser un elemento de apoyo y funcional al ejercicio abusivo del poder, junto a normas derogadas como la ley de abastecimiento que se vuelve a introducir en el conjunto de armas estatales contra los derechos individuales" [\(31\)](#). Y que en sus consecuencias generales, afectan a todos los habitantes del país.

(1) En base y ampliación de la exposición brindada en las IV Jornadas Provinciales de Gestión y Control Público, organizadas por el Tribunal de Cuentas de la Provincia de La Pampa y el Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad, realizadas entre los días 10 y 11 de abril de 2014, en el Aula Magna de la Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, La Pampa.

(2) Cf. VVAA. Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley —El Contrato Administrativo en la Actualidad— Director Agustín GORDILLO. La Ley. Buenos Aires, mayo de 2014.

(3) La Ley 25.561; ley 26.204 y sus prórrogas. Hasta 2009, las prórrogas se efectuaban por el plazo de un año. A partir de entonces, luego que el oficialismo perdiera la elección de medio término y antes de que los nuevos legisladores electos se incorporaran a las Cámara, el oficialismo sancionó la ley 26.563 (B.O. 22/12/2009) inaugurando las prórrogas de las leyes de emergencia por el plazo de dos años. La última sancionada fue la ley 26.896 (B.O. 22/10/2013) prorrogando las emergencias declaradas hasta el 31 de diciembre de 2015.

(4) Cf. VEGA, Susana —Política, economía y derecho: las tres dimensiones de la contratación administrativa— en VVAA. Ob. citada en la nota 1, Pág. 153 y ss.

(5) Y ello ocurre en los tres niveles de gobierno en la República Argentina. Miriam

IVANEGA, en la exposición que brindó en las IV Jornadas Provinciales de Gestión y Control Público (ver nota con asterisco) sobre "Los límites del "ius variando", señaló con sagacidad, que en muchos municipios toda la política pública se instrumenta mediante contratos administrativos.

(6) Las decisiones son difíciles de tomar porque la sociedad de consumo impulsa a la satisfacción inmediata del deseo de adquirir y disfrutar de los bienes. Otra vez, la complejidad de los problemas requiere equilibrio, ponderación y austeridad en la clase política.

(7) Se atribuye al entonces candidato presidencial Carlos Saúl Menem una respuesta sintomática, sea cierto o no esa expresión: "si hubiera dicho lo que me proponía hacer no me hubieran votado".

(8) Cf. Decreto 1023/01 (B.O. 16/8/2001) dictado en ejercicio de las delegaciones de la ley 25.414. Modificado por el DNU 666/03 (B.O. 25/3/2003) y por el DNU 204/2004 (B.O. 23/2/2004), éste sobre contrataciones directas.

(9) El decreto se emitió durante un Administración que colapsó en la gran crisis desatada en 2001. Como se dijo, permanece con modificaciones hasta hoy y atravesó dos Administraciones muy críticas con la anterior. (Bastardillas agregadas).

(10) Según la clásica definición de Tylor, la cultura es "ese todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, la ley, las costumbres y cualquier otra capacidad o hábito adquirido por el hombre como miembro de la sociedad". También, según se dijo, "otros sociólogos han sugerido que todos los fenómenos humanos son en realidad socioculturales". Por su lado, "Alfred L. Kroeber y Clyde Kluckhohn...llegaron a la conclusión de que..."la cultura consiste en patrones, explícitos e implícitos, de y para la conducta, adquiridos y transmitidos por medio de símbolos, que constituyen los logros distintivos de los grupos humanos y comprenden sus materializaciones en instrumentos; el núcleo de la cultura consiste en ideas de carácter tradicional (derivadas y seleccionadas históricamente) y en especial en los valores implicados por ellas". Cf. THEODORSON, George A. - THEODORSON, Achilles G. —Diccionario de Sociología— Título original en inglés - A Modern Dictionary of Sociology. Versión castellana de Ernesto Dannenberg - Ricardo J. L. Gaudio. Paidós. Buenos Aires, 1978. Pág. 68.



(11) Cf. CHINOY, Ely —La sociedad, una introducción a la sociología— Título original: An Introduction to Sociology. Traducción de Francisco López Cámara. Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires 1966. Pág. 36. (bastardillas agregadas)

(12) En las IV Jornadas Provinciales de Gestión y Control Público (ver nota con asterisco), el Lic. Domingo Mazza, en una muy interesante exposición sobre "La Gestión de los Contratos Administrativos y su impacto en los sistemas de calidad", relató la pregunta que, antes de su presentación, le había formulado un participante extranjero en las Jornadas: "¿está la Argentina en crisis?" y la respuesta que dio: "la Argentina es así". En efecto, Argentina es así, atrae a las crisis y, luego, se sorprende de los resultados. Pero, no tiene por qué ser así, la experiencia puede enseñarle si se atreve a poner en cuestión lo que sus habitantes piensan y hacen, su sistema de ideas. En este sentido, las universidades abiertas al debate plural pueden hacer mucho.

(13) Cf. MAIRAL, Héctor —De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo— El Derecho. Buenos Aires. 179-659.

(14) Cf. MAIRAL, Héctor - Ob. citada en nota anterior.

(15) Relata Mairal que al discutirse la sanción del Decreto 1099/00, sobre Régimen de Infraestructura y la posibilidad de habilitar la concreción de contratos inmodificables, se suscitó una discusión hacia adentro de la Administración. La Secretaría de Hacienda, en esa circunstancia y abogando por establecer la no modificación de los contratos, señaló que "existía mucha experiencia en el organismo sobre el costo que las modificaciones en los contratos significan para el Tesoro nacional". Cf. MAIRAL, Héctor —La Teoría del Contrato Administrativo a la luz de recientes normativas— en VVAA. Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley —El Contrato Administrativo en la Actualidad— Director Agustín GORDILLO. La Ley. Buenos Aires, mayo de 2014. (Bastardillas agregadas). Por cierto, el interés público puede conformarse con los intereses de usuarios y consumidores; de los contribuyentes; de la libertad de empresa; el equilibrio fiscal; la competitividad externa e interna. Cf. CASSAGNE, Juan Carlos —La delimitación de la categoría de contrato administrativo— El Derecho. Buenos Aires. 181-958. Pero, según lo entiendo, la caracterización de esos intereses legítimos debe de pasar el control de costos y beneficios, superar el análisis consecuencialista, para definir concretamente, cómo se los afecta.

(16) Cf. CIANCIARDO, Juan —Una aplicación cuestionable del principio de

razonabilidad— La Ley. Buenos Aires, 2002— B, 953.

(17) Poco antes de la sanción del Código Civil, la Corte Suprema decidió el caso "Varios Puesteros próximos al Mercado del Centro c/Empresario del mismo Mercado", Fallos 3: 469 (1866) en el que consideró constitucional el ejercicio del poder de policía de bienestar, admitiendo una especie de monopolio legal a favor del empresario para mantener unas cuadras a la redonda libre del comercio que, los actores, querían ejercer en la zona. Resulta curioso, pero la Corte rechazó la postura intensamente individualista de los puesteros quienes rechazaban por inconstitucional —alegaron la violación el derecho de comerciar y ejercer industrias lícitas— la reglamentación que se les aplicaba. Analicé la sentencia en MILLER, Jonathan M. - GELLI, María Angélica - CAYUSO, Susana - Constitución y Derechos Humanos— Tomo 2. Buenos Aires, Astrea, 1991. Pág. 1238/39. Mucho tiempo más tarde —después de períodos en que el Estado tuvo un papel altamente intervencionista en la economía— la reforma constitucional de 1994 reconoció la existencia de "monopolios naturales y legales" y estableció la obligación de las "autoridades" de controlarlos y de "defender la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" (Art. 42 C.N). Resulta un interesante ejercicio, examinar el caso "Varios Puesteros", en el marco de lo dispuesto por el citado artículo 42.

(18) En el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de 1999 se estableció el principio en virtud del cual los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante. El Proyecto de Unificación elaborado en 2013 por una Comisión presidida por el presidente de la Corte Suprema —Ricardo Lorenzetti— incluyó entre sus objetivos, según éste lo señaló, la "constitucionalización del derecho privado" y la sanción de "un código de la seguridad jurídica en las transacciones comerciales".

(19) Dijo la Corte Suprema en esta sentencia que "Mientras se halle garantida en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto que el Congreso no se halle investido de las facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización, o para alterar los derechos derivados de los contratos, como ocurre respecto a lo primero, cuando ejercita el poder de establecer impuestos, y, respecto de lo segundo, cuando legisla sobre bancarrota...la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera sea el carácter y la finalidad de la ley". Cf. Fallos 137:47. Analicé esta sentencia en MILLER - GELLI - CAYUSO - Ob. citada -

Tomo 2. Pág. 1272 y ss.

(20) Cf. Fallos 145: 47. Analicé esta sentencia en MILLER - GELLI - CAYUSO. Ob. citada. Tomo 2. Pág.1232/33.

(21) Cf. Fallos 172: 21. Analicé esta sentencia en MILLER - GELLI - CAYUSO. Ob. citada. Tomo 2. Pág.1303/07. En un penetrante análisis Sacristán registra el caso "Llorens, Antich y Cía c/ Empresa del Ferrocarril Oeste"; Fallos 125: 346 (1917) como una excepción, en tanto la Corte Suprema rechazó que los contratos estuvieran regidos por el Art. 17 de la Constitución Nacional. Cf. SACRISTÁN, Estela —Aspectos constitucionales de la renegociación de los contratos de prestación de servicios públicos— Asociación Argentina de Derechos Constitucional. Debates de Actualidad. Años XVIII. Nº 191. Buenos Aires. Julio/Octubre de 2002.

(22) Me hago cargo de la atinada observación que me manifestó Fernando GARCÍA PULLES en las Jornadas referidas en la nota con asterisco. Dijo entonces el jurista que la regla de la estabilidad o de la no modificación de los contratos administrativos excepto que esas reglas estén expresamente establecidas con anterioridad, puede atar de manos a la Administración ante situaciones inesperadas, la presencia del interés público —llamémoslo, sobreviniente— o las contingencias propias de las crisis. El punto, me parece, es que lo que podría admitirse como excepción excepcionalísima en, en nuestro país, la regla. Y ya se sabe "el interés público no es unívoco".

(23) Cf. "Almonacid Arellano y otros vs. Chile". CIDH, 26/9/2006. Serie C. Nº 154. Párr. 124

(24) Cf. Considerando quinto de "Municipalidad de la Capital c/Elortondo", Fallos 33: 162 (1888). Puede verse el análisis de la sentencia efectuado por Jonathan Miller en MILLER, Jonathan M. - GELLI, María Angélica - CAYUSO, Susana - Constitución y Poder Político - Tomo 1. Buenos Aires, Astrea, 1987. Pág. 44. Por mi parte, examiné brevemente el caso en GELLI, María Angélica —Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada— Editorial La Ley. 4ta. Edición ampliada y actualizada. 6º Reimpresión. Buenos Aires, junio de 2013. Tomo I. P. 4. Pág. 266.

(25) En este caso, el dialogo político que se requiere es hacia dentro de la Administración, con reuniones periódicas del Gabinete de ministros con el titular del Poder

Ejecutivo. Rutina constitucional que debiera cumplirse por mandato de la Ley Suprema y se ha ignorado permanentemente por las dos últimas administraciones.

(26) Los tratados "serían inconstitucionales si contuvieran cláusulas que riñeran con esos principios fundamentales". Cf. ZARINI, Juan Helio —Constitución Argentina. Comentada y concordada. Texto según las reformas de 1994— Astrea. Buenos Aires, 1996. Pág. 125.

(27) Cf. El análisis y la defensa de esta posición en CORTI, Arístides —Acerca de la inmunidad del Estado frente a los Tribunales Arbitrales y Judiciales externos CIADI y otros— Realidad Económica N° 21. IADE. Abril/Mayo, 2005. Pág. 96. También la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se hizo eco de la cuestión organizando una Mesa Redonda sobre "La Inmunidad Jurisdiccional del Estado por actos "iure imperii" y la actuación de tribunales arbitrales extranjeros". Salón Rojo. Facultad de Derecho UBA. Buenos Aires, 29/11/2004.

(28) Primer voto de los jueces LORENZETTI, FAYT y MAQUEDA. Concurrencia conjunta de los jueces PETRACCHI y ARGIBAY y concurrencia separada de la jueza HIGHTON de NOLASCO. Cf. "CIPPEC c/EN - Ministerio de Desarrollo Social". C.S. C. 830. XLVI (2014).

(29) Cf. consid. 7º del primer voto de "CIPPEC". (Bastardillas agregadas).

(30) Cf. consid. 30 del primer voto de "CIPPEC".

(31) Cfr. GORDILLO, Agustín —Tratado de Derecho Administrativo—Tomo I. Parte General, 10º Edición. [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com). Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2009, II-8.