

Prólogo a ISMAEL FARRANDO (dir.)

*Contratos administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003

*I. Los autores*

Este es un libro destacado *ab initio* por la riqueza y brillantez intelectual pero también integridad personal de sus autores y coordinador, cuestión no menor en un tema de tanto interés y trascendencia económica, propio del “terreno de la ciencia y de la conducta,” como señalara brillantemente JORGE A. SÁENZ recordando a nuestro común admirado y querido amigo en ambos terrenos, ALEJANDRO NIETO.<sup>1</sup> Los autores tienen pues autoridad moral, además de académica, para tratar los temas que encaran. Son jóvenes pero maduros y muy distinguidos profesores de la Universidad Nacional de Cuyo (que también tengo la distinción de integrar como profesor honorario), en las cátedras de Derecho Administrativo I y II de la Facultad de Derecho; en su mayoría son miembros del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, fundado en Mendoza en 1982 por el profesor DARDO PÉREZ GUILHOU —y presidido hasta hace poco tiempo por él—, con otros miembros cofundadores.

A todos ellos los une el afecto, el respeto mutuo, la colegialidad y solidaridad que resulta tan necesaria como productiva y a veces tan esquiva en nuestro medio, donde el individualismo se exagera tantas veces en cacicazgo, no liderazgo. Complace como argentino ver una obra grupal llevada a cabo con tanta enjundia, como coordinación y esfuerzo colectivo.

Aunque los autores no son de hacer distinciones entre sí, es claro que la voz determinante del conjunto es la de nuestro querido amigo el DR. ISMAEL FARRANDO (H.), director de la obra. Él es profesor titular por concurso, en cuyo jurado tuve hace mucho tiempo el honor de participar. Ello me permitió, conocer de cerca sus aptitudes científicas y docentes, unidas a la bonhomía que signa a los hombres de

<sup>1</sup>SÁENZ, JORGE A., “Los contratos administrativos en la emergencia,” *Miljiker*, MARÍA EVA (coord.), “El derecho administrativo de la emergencia,” t. 1, *Fundación de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2002, ps. 157–167, esp. p. 167.

bien como él: Siempre resulta un placer personal e intelectual reencontrarlo en persona o ahora en las páginas escritas. Antes había sido secretario académico y profesor titular del área seminarizada de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, y actualmente consejero directivo de ella. Es codirector del ampliamente reconocido *Manual de derecho administrativo* (ISMAEL FARRANDO [H.] – PATRICIA MARTÍNEZ y otros, Buenos Aires, Depalma, 1996 y reimpressiones 1999 y 2000), que mucho he tenido el placer de citar en mis trabajos y coautor de sus capítulos I, II, III, XV y XVIII. Es director de equipos de investigación ante la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Cuyo, y evaluador externo, clase II, ante la Secretaría de Ciencia y Técnica del Ministerio de Educación de la Nación. Sus numerosas publicaciones abarcan temas tales como: Procesos de integración y MERCOSUR; la relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos; servicios públicos y privatizaciones; esquema para un balance del derecho administrativo al finalizar los '90; la responsabilidad de los prestadores en los marcos regulatorios; corralito financiero; inflación reglamentaria; deflación jurídica; límites al derecho de emergencia; etc. Es profesor de posgrado de la Universidad Nacional de Cuyo, y lo ha sido de la Católica de Cuyo. Ha sido también jurado de tesis. El compromiso con la investigación y la docencia en todas sus facetas aparece así como uno de sus rasgos fundamentales, habiendo servido también en la judicatura *ad hoc* en notable pronunciamiento, que tuviéramos ocasión de anotar.

Otro distinguido y valioso amigo que integra este destacado grupo de investigadores de la Universidad de Cuyo es el Dr. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, profesor titular por concurso de Derecho Administrativo II en la Facultad de Derecho de esa Universidad y profesor del área seminarizada de Derecho Público. Es ampliamente conocido por la publicación de distintos libros sobre temáticas especializadas, tales como: *Decretos de necesidad y urgencia*; *El concesionario de servicios públicos privatizados*; *Coparticipación federal de impuestos*; *Constitución y economía*, etc.; como así también, coautor de los capítulos XII, XIII, XIV y XV del recién recordado *Manual de derecho administrativo*. Es profesor de cursos de posgrado en las Universidades de Mendoza, Nacional de Cuyo; Austral y Católica de Cuyo; evaluador de la Coneau para las carreras de posgrado.

PATRICIA RAQUEL MARTÍNEZ, codirectora del *Manual* y coautora de sus capítulos IV, XIX y XX, es profesora titular, por concurso, de la cátedra de Derecho Administrativo, de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo. Ha tenido vasta experiencia en la vida universitaria e institucional en la provincia de Mendoza, desempeñándose en distintos cargos universitarios y asesorando al Poder Ejecutivo provincial en la materia de su especialidad, durante tres administraciones. Ha sido jurado de concursos de profesores efectivos. Son conocidas sus publicaciones sobre: El sistema de control

de los servicios públicos privatizados en la Argentina; el silencio administrativo y el debido proceso; motivación del acto administrativo; etc. Ha sido profesora de maestrías y cursos de cuarto nivel en la Universidad Nacional de Cuyo.

JOSÉ LUIS CORREA es profesor titular asociado, por concurso, de la cátedra de Derecho Administrativo I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y autor, también de distintas publicaciones de derecho administrativo, tales como: “Institutos del procedimiento administrativo;” “El proceso administrativo;” “La suspensión de la ejecución del acto administrativo;” “Audiencias públicas;” el capítulo XXV del referenciado *Manual*, etc. Ha sido profesor en cursos de especialización en la Universidad Nacional de Cuyo, de Mendoza, Austral y Católica de San Juan; y jurado de concursos de profesores efectivos.

EDUARDO O. EMILI es profesor adjunto, por concurso, de la cátedra de Derecho Administrativo II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Entre sus trabajos encontramos: “El estatuto de los agentes del Estado;” “La ley federal de educación;” “Los decretos de necesidad y urgencia;” “La audiencia pública;” etc.

DANIEL GÓMEZ SANCHIS se desempeña como profesor adjunto por concurso de la cátedra de Derecho Administrativo I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Es autor de: “La revocabilidad del acto administrativo recurrido por terceros legitimados;” “El silencio administrativo;” “La protección jurídica del administrado;” “Principios, sujetos y actos del procedimiento administrativo e impugnación de la decisión en sede administrativa,” que corresponden a los capítulos XXII, XXIII y XIV del citado *Manual*.

MARÍA GABRIELA ÁBALOS es profesora adjunta de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza y adjunta por concurso, de la misma cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Es coautora del *Manual* en sus capítulos XVI, XVII y XXI, referidos a los servicios públicos, concesión de servicios públicos y responsabilidad del Estado. Es jueza tributaria, por concurso, del Poder Judicial de Mendoza. Tiene también otras publicaciones de interés, y uno de sus temas de preferencia es el derecho municipal, donde ha hecho importantes contribuciones.

MÓNICA BUJ MONTERO se encuentra a cargo, por concurso, de la Jefatura de Trabajos Prácticos de la cátedra de Derecho Administrativo I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Es coautora del *Manual* y son de su pluma los capítulos V, VI, VII, VIII, IX, X y XI, que versan sobre el acto administrativo; elementos esenciales; caracteres; vicios; nulidades; modificación y extinción; reglamento administrativo; otros actos y hechos de la administración.

ARMANDO HÉCTOR MARTÍNEZ se desempeña como jefe de Trabajos Prácticos, cargo obtenido por concurso, de la cátedra de Derecho Administrativo I de la

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. También se desempeña en ella, actualmente, como secretario académico.

ERNESTO N. BUSTELO es jefe de Trabajos Prácticos, por concurso, de la cátedra de Derecho Administrativo II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y *magíster* en Derecho Público de la Universidad Católica de Cuyo.

CARINA COCUELLE y MARCELO HUGO PARRINO se desempeñan como profesores adscriptos en la cátedra de Derecho Administrativo I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, y ANDREA J. LARA en Derecho Administrativo II en la misma Facultad.

### *II. Los autores y su metodología*

En la metodología empleada por los autores, desde la concepción misma de la obra, cada uno contó en sus respectivos capítulos con autonomía conceptual y didáctica. Pero era imposible que no se advirtiera, en un grupo tan homogéneo e intercomunicado como éste, una evidente línea directriz de la metodología y del discurso, a través de la aceptación de cánones comunes, por ejemplo, la primacía de la libertad frente a la autoridad. En algunos puntos se advierte una aproximación al problema que pone en cuestión el objeto mismo del derecho: Algunas páginas parecen reflejar que el objeto del derecho fuera la doctrina de los autores. Quienes lean a ALEJANDRO NIETO en *Los límites del conocimiento jurídico* (Madrid, Trotta, 2002, con nuestras glosas [en prensa]) sabrán a qué me refiero. Claro que no se les pueden criticar algunas páginas que no han seguido al gran iconoclasta de nuestro tiempo. Él sería el primero en reconocerlo.

En las muchas veces que hemos tenido la oportunidad de confraternizar con todos o parte de ellos, tantas que en muchas ocasiones algún porteño que me encontraba por aquellos lares me dijo haber creído que yo era mendocino, he podido comprobar cómo y hasta qué punto los autores son amigos entre sí, hacen culto tanto de la tradición fraternal que los une, como de su terruño mendocino que los equipara en respeto, confianza y solidaridad recíprocas. Hombres y mujeres con tal grado de cooperación, respeto, seriedad, honestidad y dedicación son los que precisa la patria en mayor medida para ser mejor de lo que es. Por supuesto, hay otros igualmente amigos de ellos y nuestros aunque no toda Mendoza haya trabajado en el libro que tengo el honor de presentar...

Felicitémonos pues como argentinos de tener este grupo de hombres y mujeres que nos dan este fruto del trabajo honesto, de la independencia de criterio, de la objetividad, de la amistad.

### III. La primera parte de la obra, adjetiva

#### 1. *Hacia lo internacional*

Como se señala en la “Introducción” la obra consta de dos partes. La primera referida a “La licitación pública” y demás sistemas de contratación pública, es una contribución de significativo valor a un tema que siempre ha despertado el interés de los doctrinarios y prácticos argentinos y del derecho comparado, sin poder nunca lograrse que la *praxis* rinda luego buen testimonio de la teoría. Por ello es que hacia el final del tema se incluya el capítulo XI donde se exponen las conclusiones y las propuestas que, de *lege ferenda*, proponen los autores como colofón de las instituciones estudiadas. No ha estado ajena a su preocupación la experiencia de la jurisprudencia provincial, nacional y también, en algunos casos, de la Unión Europea y el Mercosur. Rumbean, pues, por el buen camino pues no queda al país otra esperanza de destino que la progresiva inserción internacional.<sup>2</sup>

#### 2. *Ética, corrupción, equidad, eficacia, eficiencia*

Los autores retoman preocupaciones expuestas antes, en relación a la transparencia, la moral y el accionar de los funcionarios públicos.<sup>3</sup> Por ello, uno de los grandes temas en juego de la obra es la *ética*, que las regulaciones normativas procuran ahora preservar a través de la *equidad, eficacia y eficiencia* de la decisión. Una decisión ineficiente es casi siempre sospechosa, máxime si es por alto monto. Quien compra caro y por mucho dinero no puede escudarse en las bases y los procedimientos de contratación; quien contrata cantidades ingentes de lo que no hace falta, concede enormes privilegios sin adecuada contraprestación y control; etc. De tal modo contribuye a la ruina del Estado y de la sociedad que mal puede invocar esta parte del derecho administrativo en su favor.

#### 3. *Qué legamos a nuestros nietos con los contratos administrativos*

Hoy nos toca como país, y en cada provincia se repite una historia parecida, reconocer que con el uso del sistema de contrataciones administrativas en el Parlamento y la Administración y con el simultáneo y ulterior descontrol social y judicial, legamos a nuestros nietos una deuda irresponsablemente acumulada

<sup>2</sup> Así lo hemos sostenido en trabajos recientes como “Primero: Crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 25-VII-2002, pp. 1–2; “G–8, UE, FMI, Argentina,” *LL*, 12-VIII-2002, pp. 1–3; “Introducción,” *Miljiker*, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo...*, cit., pp. 11–19. Algo dijimos antes en “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001–F–1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, *LL*, 2002, pp. 53–64.

<sup>3</sup> FARRANDO, ISMAEL (H.), “Procesos de selección del contratista. Burocracia y formalismo v. Transparencia y moralidad pública,” *Temas de Derecho Administrativo*, t. 3. *Foro de Abogados de San Juan*, Instituto de Derecho Administrativo, San Juan, 1999, pp. 37 y ss.

por nuestros colegas y conocidos, a través de licitaciones y contrataciones espurias. ¿Qué hemos hecho para impedirlo? ¿Cómo rendiremos cuenta a nuestros nietos de la herencia pavorosa que en esta profesión y en este tema les dejamos?<sup>4</sup>

El derecho se concibe para producir resultados valiosos, no disvaliosos y cuando a resultas de la pretendida aplicación de procedimientos que se dicen “del derecho” lo único que se logra es el dispendio público, obvio es que se lo ha aplicado mal, en contravención como mínimo a la Convención Interamericana contra la Corrupción.

#### IV. Segunda parte, sustantiva

##### 1. La remanida cuestión de la “sustantividad”

La segunda parte de la obra está dedicada a la “Ejecución de los contratos administrativos” y allí los autores tratan el régimen concreto. Analizan los elementos y caracteres de los contratos, como corresponde, pero no han querido sustraerse a la dialéctica de algún otro autor acerca de la “sustantividad” del contrato administrativo, al parecer encuadrada en las antiguas discusiones sobre la “naturalidad jurídica” de las instituciones.<sup>5</sup> Pero tampoco podían los autores, claro está, hacer caso omiso de todo lo escrito. Por nuestra parte, a veces nos tienta la reflexión de VON IHERING.<sup>6</sup>

Debemos destacar que estas parte de la obra, como labor de investigación, fue subsidiada oportunamente por el Conicet, a través del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos.

##### 2. El régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico, se analizan las posibilidades y límites de la modificación unilateral del contrato, la *exceptio non adimpleti contractus*, las potestades de dirección y control; el control, de los entes reguladores, la institución de la rescisión unilateral y sus cargas, las sanciones contractuales, el equilibrio contractual, los derechos y obligaciones de las partes y las formas de extinción de la voluntad concurrente. Quizás por su larga preparación la alcanza, sin resolver, el dramático tema actual de las tarifas de servicios públicos, con renegociaciones en puerta y juicios arbitrales en camino,<sup>7</sup> más los juicios locales por falta de acceso a la información, dolarización de lo que estaba pesificado, futuras declaraciones

<sup>4</sup> Es la pregunta que formula lúcidamente SAENZ, JORGE A., “Los contratos...,” *cit.*

<sup>5</sup> Que hemos largamente criticado en las diversas ediciones y reimpressiones del cap. I de nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, t. 1, FUNEDA y FDA, Caracas, 2001, 6ª ed.

<sup>6</sup> Que recordamos en nuestra *Introducción al derecho*, ed. como e-book en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) y otros sitios.

<sup>7</sup> Nos remitimos a los distintos trabajos del libro de MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo...*, *cit.*

de reservado de la información de estructura de costos de las empresas, con las cuales sustentan los pedidos de aumento, etc.

En síntesis, se presenta una obra que procura poner al día esta importantísima temática en el rol del Estado en quiebra, con el riesgo de que las continuas modificaciones normativas y sobre todo fácticas –que algo seguramente han influido, en el retraso con que esta obra ve la luz– puedan mellar el objetivo de actualización de la temática abordada. La dimensión de la emergencia después de la hecatombe normativa de 2002 introduce –otra vez– una nueva realidad que obliga al permanente reexamen,<sup>8</sup> pero por encima de ello estarán los principios del procedimiento licitatorio y los de la correcta conformación y ejecución de los contratos públicos que, a través de su implementación por honrados y eficaces funcionarios públicos,<sup>9</sup> podrán dar utilidad y frutos al sistema.

### 3. *Control social, control judicial*

El control judicial de la eficiencia y eficacia de las contrataciones es un imperativo de la hora si esperamos no seguir dejando a las generaciones venideras más y peores deudas que las que ya acarreamos. El control social, a su vez, debe ejercerse sobre los jueces, los funcionarios y los ex funcionarios: En su vida, en sus escritos, en su acción. Pues como dice el texto sagrado, “Por sus obras los conoceréis.” Sus doctrinas, tantas veces apodícticas, dicen poco de su vida. De ella dan testimonio los hechos. Esta obra procura con razón tomar distancia de esos ejercicios.

### 4. *Conceptos y principios*

Analizan la figura del contrato administrativo (concepto, diferencias en la doctrina tradicional acerca de los contratos públicos y privados y las distintas “teorías”); los principios contractuales (buena fe, legalidad, concurrencia e igualdad de tratamiento); las teorías llamadas positivas y negativas; los principios de las contrataciones públicas en la normativa nacional, provincial, municipal y regional. (Principios constitucionales, normativas de compras del Estado, ley orgánica de municipalidades, régimen de compras y gastos públicos, suministros, ventas de bienes secuestrados en causas penales, ley de ganadería, ley de obras públicas, concesión de obras públicas, etc.) En suma, un desarrollo temático completo y ordenado, sistemático, satisfactoriamente exhaustivo.

<sup>8</sup> Algo de ello puede verse en las Jornadas “El derecho administrativo de la emergencia, I” y “El derecho administrativo de la emergencia, II,” de la *fundación de Derecho Administrativo*.

<sup>9</sup> Ésta, claro está, es la clave del sistema. En tanto no tengamos un eficiente control social del enriquecimiento de los funcionarios públicos, en tanto no tengamos condena social de quienes la merecen, no resolveremos la cuestión.

### 5. *Sujetos*

Estudian los sujetos (los sujetos públicos, la competencia del ente público, los órganos competentes para contratar); los “otros” sujetos públicos: Sociedades de economía mixta, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación total mayoritaria, sociedades del Estado y otros tipos de empresarios públicos: Corporaciones públicas, fuerzas armadas y entes binacionales. También son objeto de análisis las contrataciones públicas de los sujetos “privados:” Particulares, unión transitoria de empresas, *joint ventures*, consorcios, inspecciones de cauce, agrupaciones de colaboración, empresas privadas controladas por el Estado, etc. La modernidad de la obra resulta así incuestionable en todas sus facetas, en todos sus temas, en todos sus contenidos.

### 6. *Concesión de obra pública*

La obra luce asimismo un puntual análisis de la concesión de obra pública. (Dec.-ley 17.520 y ley 23.696, legislación provincial, elementos del contrato –objeto, riesgo, finalidad y modalidades–, rentabilidad y retribución del concesionario, sujeto concedente, concesionario, formas de otorgamiento, procedimientos de iniciativa privada.) Quizás hubiera ilustrado más la obra una referencia específica, mayor, al caso más destacado de concesión de obra pública nacional actual, las concesiones de rutas y autopistas por peaje, con todos sus problemas. Pero tampoco se puede pedir a los autores que agoten todo y cuanto posible tema se le haya de ocurrir al lector. No están muy lejos, con todo, dada la completitud de su obra.

### 7. *Elementos*

Se recopilan las nociones de los *elementos* relativos a sujetos, consentimiento, objeto, causa, forma y finalidad; y sus *caracteres*: Formalismo, desigualdad e *intuitu personae*. No toman posición acerca de si los constantes cambios de paquetes accionarios que se han producido en casi todas las concesiones de servicios públicos del país son o no causal de caducidad, ahora que se avencinan tantos pleitos arbitrales por sus demás incumplimientos anteriores y actuales, sumados al colapso generado por el Estado en el año 2002: En realidad es un tema que todavía se encuentra *in statu nascendi*. Se estudian los *principios* relativos a continuidad y mutabilidad. (*Ius variandi*.)

Respecto de la admisión o no de la *exceptio non adimpleti contractus*, los autores no comparten la extensión de las obligaciones que en su nombre se pretende imponer al contratista particular. Para ellos es oponible por el contratista particular en casi todos los contratos administrativos, en la misma forma y con los mismos requisitos que en el derecho privado; no en los servicios públicos, que es



el caso más destacado a analizar. Tema sobre el cual seguramente habrá mucho debate en los próximos años.<sup>10</sup>

En cuanto a las *potestades de dirección y control*, abarcan los aspectos técnicos, legales, contables, financieros, laborales, previsionales, sobre los lugares, las personas, las cosas, de calidad y de seguridad de la obra. El *control* de los servicios públicos puede ser organizado por el propio Estado, a través de la Administración centralizada o descentralizada sin independencia política ni poderes propios; o por entes reguladores independientes. (*Public boards* en Inglaterra, *public commissions* o *regulatory commissions* o *agencies* en Estados Unidos.) En la Argentina, los entes y comisiones reguladoras de aquellos países han sido muchas veces creados como autoridades administrativas independientes para el control del cumplimiento de los contratos de concesión o licencia. Mucho hay por decir en esta materia, y la reflexión de los autores será fundamental en la cuestión.

En lo que respecta al *precio del contrato* se sostiene que el derecho al precio que le corresponde a quien contrata con un ente que actúa en ejercicio de la función administrativa, como se ha visto, no siempre ha obtenido, por parte de la doctrina, los jueces y el legislador, la misma protección. A nuestro juicio faltaría una mayor consideración del tercero ausente en esta relación, el usuario de los servicios públicos al que la Convención Interamericana contra la Corrupción menciona cuando exige la equidad del contrato administrativo. Entre esos terceros ausentes están nuestros hijos y nuestros nietos a quienes dejamos este legado que se hace evidente en el año 2002. Pero esto ya es historia.

Agustín Gordillo

<sup>10</sup> Como lo adelanta SÁENZ, JORGE A., “Los contratos administrativos...,” *cit.*