

LA LEY



TRATADO GENERAL
DE LOS CONTRATOS
PÚBLICOS



TOMO III

TRATADO GENERAL
DE LOS CONTRATOS
PÚBLICOS



TOMO III

JUAN CARLOS CASSAGNE

Director

LA LEY

Cassagne, Juan Carlos
Tratado general de los contratos públicos / Juan Carlos
Cassagne ; dirigido por Juan Carlos Cassagne. - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2013.
v. 3, 1296 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2587-1

1. Derecho Administrativo. 2. Contratos. I. Cassagne,
Juan Carlos, dir.
CDD 342

1ra. edición: 2013

© Juan Carlos Cassagne, 2013
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2013
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 400 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-03-2587-1 (Tomo III)
I.S.B.N. 978-987-03-2584-0 (Obra completa)
S.A.P. 41551366
S.E.T. 41551268

ARGENTINA

TRATADO GENERAL
DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS
TOMO III

Director:

Juan Carlos Cassagne

Autores por orden alfabético:

| | |
|--------------------------------------|------------------------------------|
| <i>Pedro Aberastury</i> | <i>Javier D. Guiridlian Larosa</i> |
| <i>William Barrera Muñoz</i> | <i>David Andrés Halperin</i> |
| <i>Susy Inés Bello Knoll</i> | <i>Ramón Huapaya Tapia</i> |
| <i>Esteban Bogut Salcedo</i> | <i>Arturo Idoyaga Molina</i> |
| <i>Diego Calonje</i> | <i>Catalina Legarre</i> |
| <i>Armando N. Canosa</i> | <i>Fernando E. Juan Lima</i> |
| <i>Luis Armando Carello</i> | <i>Roberto Enrique Luqui</i> |
| <i>Hernán Celorrio</i> | <i>Ernesto Alberto Marcer</i> |
| <i>Julio Pablo Comadira</i> | <i>Pablo E. Perrino</i> |
| <i>María Inés Corrá</i> | <i>Héctor M. Pozo Gowland</i> |
| <i>Julio C. Crivelli</i> | <i>Vitor Rhein Schirato</i> |
| <i>Ignacio M. de la Riva</i> | <i>Estela B. Sacristán</i> |
| <i>Carlos E. Delpiazzo</i> | <i>Patricio M.E. Sammartino</i> |
| <i>Ricardo T. Druetta</i> | <i>Gustavo Daniel Spacarotel</i> |
| <i>Julio C. Durand</i> | <i>Guido Santiago Tawil</i> |
| <i>Pablo Oscar Gallegos Fedriani</i> | <i>María Susana Villarruel</i> |
| <i>Ana Patricia Guglielminetti</i> | |



ÍNDICE GENERAL

Pág.

TÍTULO SEXTO

LA EJECUCIÓN Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO PRIMERO

LA MODIFICACIÓN (“IUS VARIANDI”) DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por Roberto Enrique Luqui

| | | |
|------|--|----|
| I. | Las prerrogativas de la Administración | 3 |
| II. | El equilibrio entre riesgos y beneficios | 5 |
| III. | La razón de ser de la facultad de modificar o rescindir los contratos | 8 |
| IV. | El resarcimiento del daño | 13 |
| V. | La facultad de modificar pactada en el contrato..... | 18 |
| VI. | Efectos del dec. delegado 1023/2001 en los principales contratos administrativos | 19 |
| VII. | Conclusiones..... | 26 |

CAPITULO SEGUNDO

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: LA RESCISIÓN POR RAZONES DE ILEGITIMIDAD

Por Patricio M. E. Sammartino

| | | |
|------|--|----|
| I. | La rescisión del contrato público por razones de ilegitimidad se encauza formalmente a través de un acto administrativo regido por la LNPA | 29 |
| II. | Estructura y funcionalidad del acto administrativo en la LNPA ... | 32 |
| III. | La “causa” del acto administrativo que extingue un contrato público por razones de ilegitimidad | 37 |
| IV. | Examen de la validez y existencia del contrato administrativo | 42 |
| V. | El ejercicio de la potestad revocatoria en el contrato administrativo. Alcance, límite y efectos | 44 |
| VI. | Conclusiones..... | 53 |

CAPÍTULO TERCERO

LA CADUCIDAD O RESCISIÓN UNILATERAL
DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR INCUMPLIMIENTO*Por Armando N. Canosa*

| | | |
|------|--|----|
| I. | Consideraciones generales | 61 |
| II. | Concepto y naturaleza jurídica..... | 63 |
| III. | Régimen legal. Ámbito contractual de aplicación en el orden nacional | 67 |
| IV. | Régimen jurídico | 73 |
| | 1. Cuestiones generales | 73 |
| | 2. Causales de aplicación de los institutos | 76 |
| | 3. Órgano competente para el dictado del acto administrativo de caducidad o rescisión unilateral de la Administración por incumplimientos del particular | 80 |
| | 4. Efectos de la declaración de caducidad o declaración unilateral de rescisión | 82 |
| V. | Procedimiento administrativo para el dictado del acto administrativo correspondiente..... | 86 |
| | 1. Lo atinente al procedimiento administrativo en general..... | 86 |
| | 2. Lo atinente al procedimiento administrativo sancionador ... | 89 |
| | 3. Impugnación administrativa y judicial de los actos administrativos que declaran la caducidad o rescisión unilateral..... | 93 |

CAPÍTULO CUARTO

REVOCACIÓN POR OPORTUNIDAD

Por Catalina Legarre

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Algunos principios aceptados | 100 |
| II. | La aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones..... | 102 |
| III. | La procedencia de la reparación integral | 105 |
| IV. | Condiciones bajo las que procede el reconocimiento del lucro cesante en un caso concreto | 109 |
| V. | La exclusión del lucro cesante en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional | 112 |
| VI. | Conclusión | 116 |

CAPÍTULO QUINTO

LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*Por Julio Pablo Comadira*

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Introducción | 120 |
| II. | La excepción de incumplimiento en la doctrina..... | 120 |
| III. | La excepción de incumplimiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación | 128 |
| IV. | El dec. delegado 1023/2001 y su reglamentación por el dec. 893/2012 | 130 |
| V. | Mi opinión | 132 |

CAPÍTULO SEXTO

EL RESCATE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por María Susana Villarruel

| | | |
|------|--|-----|
| I. | El contrato administrativo | 142 |
| II. | El rescate. Concepto | 143 |
| III. | Su recepción en el derecho comparado..... | 143 |
| | 1. Francia..... | 144 |
| | 2. España..... | 146 |
| | 3. América Latina | 147 |
| IV. | La situación en nuestro país | 152 |
| | 1. Modo de extinción anormal | 152 |
| | 2. Aplicable a determinados contratos | 153 |
| | 3. Asunción por el Estado | 153 |
| | 4. Finalidad: las razones de interés público | 155 |
| V. | La indemnización del contratante | 159 |
| | 1. Prerrogativa estatal..... | 160 |

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
DEL ESTADO*Por Pablo E. Perrino*

| | | |
|----|---|-----|
| I. | La regulación de la responsabilidad contractual del Estado..... | 169 |
|----|---|-----|

| | Pág. |
|---|------|
| II. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad contractual del Estado | 177 |
| 1. Existencia de un contrato administrativo válido | 177 |
| 2. Daño resarcible | 179 |
| 3. Relación de causalidad | 181 |
| 4. Factor atribución | 183 |
| 4.1. Responsabilidad por falta: el incumplimiento..... | 185 |
| 4.2. La responsabilidad sin falta | 191 |

CAPÍTULO OCTAVO

LA REDETERMINACIÓN DE PRECIOS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por Pedro Aberastury

| | |
|---|-----|
| I. Introducción | 205 |
| II. La aplicación de las normas de derecho común al contrato administrativo | 207 |
| III. El precio..... | 212 |
| IV. Los componentes del precio..... | 217 |
| 1. La formación del precio..... | 217 |
| 2. Las terminologías utilizadas en las antiguas normas federales.. | 219 |
| 3. Las fórmulas paramétricas | 221 |
| V. La redeterminación de precios en la actualidad..... | 224 |
| VI. Plazo para solicitar la redeterminación | 231 |

CAPÍTULO NOVENO

LA PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SALUD PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES)

Por Fernando E. Juan Lima

| | |
|---|-----|
| I. Introducción | 233 |
| II. La prescripción en la órbita federal..... | 236 |
| 1. Plazos aplicables | 236 |
| 2. Término inicial del plazo de prescripción..... | 238 |
| 3. Caducidad de la acción de nulidad y prescripción | 239 |

| | Pág. |
|--|------|
| III. El tema en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires | 240 |
| 1. La responsabilidad del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de mala praxis médica..... | 240 |
| 2. El plenario “Meza” | 241 |
| IV. Nuestra postura..... | 248 |
| 1. El fundamento de la responsabilidad del Estado | 249 |
| 2. La naturaleza del vínculo paciente-hospital; el tema del plazo de prescripción..... | 251 |
| V. Conclusión | 254 |

TÍTULO SÉPTIMO

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR

CAPÍTULO PRIMERO

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

Por Héctor M. Pozo Gowland

| | |
|--|-----|
| I. Concepto | 259 |
| II. Caracteres..... | 262 |
| III. Diferencias con otros contratos..... | 263 |
| IV. La condición de contrato administrativo..... | 264 |
| V. Régimen legal..... | 269 |
| VI. Principios relevantes en el contrato de suministro..... | 274 |
| VII. Procedimientos y modalidades de contratación | 276 |
| VIII. Garantías | 280 |
| IX. Adjudicación y perfeccionamiento del contrato..... | 283 |
| X. Ejecución del contrato..... | 284 |
| XI. El mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato..... | 294 |
| XII. Rescisión del contrato | 295 |
| XIII. El principio del enriquecimiento sin causa..... | 299 |
| XIV. Caso fortuito..... | 302 |
| XV. Los contratos de suministros y el comercio nacional..... | 303 |

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Por Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti

| | | |
|-------|--|-----|
| I. | El contrato de obra pública..... | 308 |
| II. | Obra pública. Concepto legal | 308 |
| III. | Contrato de obra pública. Concepto. Caracteres | 316 |
| IV. | Régimen jurídico básico del contrato de obra pública..... | 320 |
| V. | Principios que rigen la interpretación del contrato | 321 |
| VI. | Sujetos. El Estado locatario: distintas alternativas de participación estatal. El locador de obra | 325 |
| VII. | Objeto del contrato de obra pública..... | 326 |
| VIII. | Contrato de obra pública y de concesión de obra pública: algunas pautas para su diferenciación..... | 328 |
| IX. | Distribución de responsabilidades y repartición de riesgos entre las partes. Finalidad..... | 335 |
| | 1. Asignados al comitente..... | 335 |
| | 1.1. Obtención del financiamiento..... | 335 |
| | 1.2. Responsabilidad del comitente por la autoría del proyecto y por la idoneidad de los estudios que le sirvieron de base..... | 339 |
| | 1.3. Responsabilidad del comitente por la falta de entrega del lugar de emplazamiento de las obras | 340 |
| | 1.4. Responsabilidad del comitente por pérdidas o averías sufridas por el contratista por culpa de los empleados de la Administración, actos propios de la Administración no previstos en los pliegos y acontecimientos de origen natural extraordinario | 342 |
| | 1.5. Responsabilidad del comitente por los perjuicios sufridos por el contratista con motivo de la orden de suspensión de la ejecución de las obras | 345 |
| | 1.6. Asunción de las variaciones de costos derivadas de la aplicación del régimen reglamentario de estabilización del precio del contrato..... | 347 |
| | 1.7. Reconocimiento de compensaciones por mora en el pago del precio o por falta de pago. Art. 48 de la LOP. Principio de regularidad en los pagos | 349 |
| | 2. Asignados al contratista..... | 351 |
| | 2.1. Responsabilidad del contratista por la autoría del diseño constructivo | 351 |
| | 2.2. Responsabilidad del contratista por el precio ofertado ... | 352 |

| | Pág. |
|--|------|
| 2.3. Deber de interpretación del proyecto | 353 |
| 2.4. Responsabilidad por asunción del riesgo técnico. Cumplimiento de las reglas del arte de construir | 355 |
| 2.5. Contingencia de pérdida de utilidad por ejercicio legítimo de <i>ius variandi</i> | 357 |
| 2.6. Responsabilidad por la gestión del subcontratista: subsistencia de la responsabilidad del contratista principal | 357 |
| 2.7. Responsabilidad del contratista por el incumplimiento de los plazos parciales y total pactados. Aplicación de multas..... | 358 |
| 2.8. Riesgos asociados a la revocación del contrato por razones de oportunidad o interés público..... | 360 |
| X. Contrato de obra pública: riesgo atenuado o coparticipado vs. riesgo y ventura | 367 |

CAPÍTULO TERCERO

LA OBRA PÚBLICA COMO OBJETO PRESTACIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LAS TÉCNICAS COLABORATIVAS EN POS DE SU CONCRECIÓN

Por Javier D. Guiridlian Larosa

| | |
|--|-----|
| I. <i>Introito</i> | 371 |
| II. La participación privada en la concreción de emprendimientos públicos | 375 |
| III. Los principios generales a considerar en la implementación de la APP | 379 |
| 1. Una aclaración necesaria: el objeto prestacional posible en el marco de una APP | 379 |
| 2. Los principios a considerar para la concreción de proyectos en el marco de una APP | 382 |
| IV. La perspectiva clásica en materia de ejecución de obra pública.. | 389 |
| V. Nuevos mecanismos de gestión y financiación de obra pública. Su inserción en el entorno negocial de las APP | 391 |
| 1. Consideraciones liminares..... | 391 |
| 2. Los elementos a considerar para la clasificación de las nuevas técnicas de gestión de obras públicas | 394 |
| 3. Las técnicas de gestión de obra en particular | 399 |
| 3.1. La concesión de obra pública | 400 |
| 3.2. <i>Shadow toll</i> (Peaje en la sombra) | 404 |
| 3.3. Contratos “llave en mano” | 408 |

| | | |
|-----|---|-------------|
| | 3.4. El denominado “modelo Español” | Pág. 410 |
| VI. | Colofón | 412 |

CAPÍTULO CUARTO

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

*Por Julio César Crivello
con la colaboración de Arturo Idoyaga Molina*

| | | |
|-------|--|-----|
| I. | Introducción | 415 |
| II. | Antecedentes históricos | 416 |
| III. | Presupuestos institucionales y macroeconómicos | 422 |
| IV. | Conceptualización..... | 423 |
| V. | Crisis del componente “estatal” del contrato | 429 |
| VI. | Principio intergeneracional y financiación | 431 |
| VII. | Postulados elementales de la Reforma del Estado. Impacto de la emergencia y del proceso renegociador | 433 |
| VIII. | Breve análisis de algunos casos específicos | 440 |
| | 1. Las concesiones viales | 440 |
| | 2. Las ampliaciones del sistema de transporte de energía eléctrica | 443 |
| | 3. Breves comentarios finales sobre el caso chileno | 448 |
| IX. | Comentarios finales..... | 449 |

CAPÍTULO QUINTO

LOS PRINCIPIOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Por Guido Santiago Tawil

| | | |
|-----|---|-----|
| I. | Introducción | 453 |
| II. | Los principios aplicables al contrato de concesión de servicios públicos | 457 |
| | 1. Los principios generales del derecho y del derecho administrativo aplicables al contrato de concesión de servicios públicos..... | 457 |
| | 2. Los principios propios del servicio público | 461 |

CAPÍTULO SEXTO

LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Por Luis Armando Carello

| | | |
|-------|---|-----|
| I. | El desarrollo de la noción en Francia..... | 475 |
| II. | Globalización y crisis renovada de los servicios públicos..... | 481 |
| III. | La experiencia norteamericana..... | 484 |
| IV. | La experiencia argentina..... | 486 |
| V. | La concesión de servicios públicos..... | 489 |
| VI. | La concesión de servicios públicos es una noción más precisa ... | 490 |
| VII. | Algunas características de la concesión de servicios públicos | 492 |
| VIII. | La incidencia de la reforma constitucional de 1994 y esbozo de la situación jurídica actual de la concesión de servicios públicos ... | 494 |
| IX. | Derechos del usuario del servicio | 495 |
| X. | Derecho y obligaciones del Estado | 495 |
| XI. | Derecho y deberes del concesionario | 497 |
| XII. | Algunas consideraciones finales | 497 |

CAPÍTULO SÉPTIMO

TARIFAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Por Estela B. Sacristán

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Agradecimiento. Planteo..... | 505 |
| II. | Presupuestos. Planteo | 507 |
| III. | <i>Price Caps</i> . Fórmula..... | 509 |
| | 1. Simpleza..... | 510 |
| | 2. Sólo después..... | 510 |
| IV. | Índice..... | 511 |
| | 1. Finalidad | 511 |
| | 2. Determinación. Redeterminación..... | 511 |
| | 3. Periodicidad. Aplicación a la tarifa..... | 512 |
| | 4. Aparentes ventajas para la firma..... | 512 |
| | 5. Ausencia de participación | 512 |
| | 6. Riesgo respectivo..... | 513 |
| | 7. Fuente | 513 |
| | 8. Naturaleza del índice | 513 |
| V. | Factor de eficiencia..... | 514 |
| | 1. Finalidad. Aspectos constitucionales | 514 |

| | Pág. |
|--|------|
| 2. La ley económica de Liebenstein..... | 516 |
| 3. Determinación. Redeterminación..... | 520 |
| 4. Periodicidad. La cápsula..... | 521 |
| 5. Aplicación a la tarifa..... | 521 |
| 6. Ventajas para los usuarios | 522 |
| 7. Participación..... | 522 |
| 8. Riesgo respectivo..... | 524 |
| 9. Fuente | 524 |
| 10. Naturaleza política | 524 |
| 11. Naturaleza jurídica..... | 526 |
| 12. Naturaleza económica | 528 |
| 13. El misterio de la eficiencia inicial | 529 |
| 14. Aspectos formales y sustanciales en la redeterminación del factor X..... | 531 |
| 15. Revisiones anticipadas por ganancias excesivas | 536 |
| 16. Revisiones anticipadas por pérdidas excesivas | 544 |
| VI. Factor de inversiones..... | 545 |
| 1. Finalidad..... | 545 |
| 2. Determinación. Redeterminación..... | 547 |
| 3. Periodicidad | 548 |
| 4. Aplicación a la tarifa..... | 548 |
| 5. Ventajas para los usuarios. Justicia intergeneracional | 549 |
| 6. Participación..... | 550 |
| 7. Riesgo respectivo..... | 550 |
| 8. Fuente | 550 |
| 9. Naturaleza política | 551 |
| 10. Naturaleza jurídica..... | 551 |
| 11. Naturaleza económica | 551 |
| 12. Experiencia comparada..... | 551 |
| 13. Diferencias con regímenes de inversiones “por fuera de la tarifa” | 552 |
| VII. <i>Timing</i> o periodicidad..... | 553 |
| 1. Una cápsula temporal y una vía de escape | 553 |
| 2. Efectos con relación al traslado de costos..... | 554 |
| 3. Periodicidad y traslación de costos | 555 |
| VIII. Los mitos en torno a los <i>Price-Caps</i> | 556 |
| 1. ¿Qué se reduce?..... | 556 |
| 2. Protección dual | 558 |
| 3. Aparente provisionalidad | 559 |

| | Pág. |
|---------------------------------|------|
| IX. Caracteres esenciales | 560 |
| X. Síntesis..... | 562 |
| XI. Feasibilidad | 563 |

CAPÍTULO OCTAVO

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU EXTENSIÓN A LOS CONCESIONARIOS PÚBLICOS

Por Gustavo Daniel Spacarotel

| | |
|--|-----|
| I. Introducción | 568 |
| II. El servicio público. Su evolución..... | 570 |
| III. El modelo regulador establecido en la Constitución Nacional (Art. 42)..... | 578 |
| IV. El Proyecto del Régimen Nacional de Servicios Públicos. Principales características..... | 581 |
| V. Los modelos de gestión (la concesión y la licencia) | 583 |
| VI. La adaptación del régimen jurídico tradicional a la actualidad ... | 587 |
| VII. Régimen jurídico de los contratos administrativos y su extensión a los contratos que celebran los concesionarios y licenciarios de servicios públicos | 588 |
| 1. Las subcontrataciones | 588 |
| 2. Relaciones existentes entre concesionarios y terceros..... | 589 |
| 3. Jurisprudencia | 593 |
| 4. La cuestión en el derecho positivo..... | 598 |
| VIII. Conclusiones..... | 601 |

CAPÍTULO NOVENO

LA CONCESIÓN DE USO DEL DOMINIO PÚBLICO

Por Ignacio M. de la Riva

| | |
|--|-----|
| I. Aproximación a la figura de la concesión..... | 605 |
| II. Caracterización jurídica de los bienes del dominio público..... | 609 |
| III. Finalidad de los bienes de dominio público: uso común <i>versus</i> uso especial..... | 611 |
| IV. Títulos que dan origen a derechos de uso especial de bienes del dominio público: permiso, concesión, prescripción..... | 616 |
| V. El carácter contractual de la concesión de uso de bienes del dominio público..... | 620 |

| | Pág. |
|--|------|
| VI. Selección del concesionario de uso | 622 |
| VII. Derechos y obligaciones en cabeza del concesionario de uso..... | 625 |
| VIII. Naturaleza de los derechos nacidos de la concesión de uso de bienes del dominio público. Remedios disponibles para su protección | 627 |
| IX. Prerrogativas y deberes de la Administración concedente | 631 |
| X. Elementos accesorios típicos del contrato de concesión de uso: el plazo y el canon | 633 |
| XI. Extinción del contrato de concesión de uso de bienes del dominio público..... | 636 |
| XII. Propiedad de las mejoras introducidas por el concesionario..... | 640 |
| XIII. ¿Concesión de uso sobre bienes del dominio privado del Estado?.. | 649 |

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS CONTRATOS EN GENERAL Y LA CONCESIÓN DE USO DE DOMINIO PÚBLICO EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. LA IMPORTANCIA DE LA VIGENCIA DEL DEC. PEN 2409/1966

Por Ernesto Alberto Marcer

| | |
|--|-----|
| I. Aclaración preliminar: “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” y “Ciudad de Buenos Aires” o “Ciudad Autónoma de Buenos Aires” | 653 |
| II. Normativa aplicable a los contratos administrativos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires | 654 |
| 1. Contrato de obra pública..... | 655 |
| 2. Concesión de obra pública..... | 658 |
| 3. La normativa general en materia de contrataciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..... | 658 |
| III. La concesión de uso de los bienes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires | 661 |
| 1. Dominio público y dominio privado | 662 |
| 2. Régimen y caracteres jurídicos del dominio público | 663 |
| IV. La vigencia del dec. 2409/1966 y la consecuencia jurídica de ello | 668 |
| 1. La preferencia del concesionario saliente..... | 668 |

| | Pág. |
|--|------|
| 2. Las disposiciones del dec. 2409/1966 que se encuentran vigentes | 669 |
| 3. La razón de ser del art. 59 del dec. 2409/1966. La innecesariedad de la habilitación para el ejercicio de las actividades establecidas en el contrato de concesión..... | 670 |

TÍTULO OCTAVO

LOS NUEVOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS REGÍMENES ESPECIALES

CAPÍTULO PRIMERO

A INTERAÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULARES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por Vitor Rhein Schirato

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Introdução e metodologia..... | 677 |
| II. | O contrato administrativo no Brasil | 680 |
| | 1. Notas preliminares | 680 |
| | 2. Origem e desenvolvimento do contrato administrativo no Brasil..... | 681 |
| | 3. Vetores de transformação do contrato administrativo..... | 684 |
| | 4. Conclusão parcial..... | 689 |
| III. | Os enlaces entre Estado e iniciativa privada | 690 |
| | 1. Contratação de bens e serviços..... | 690 |
| | 1.1. Aquisições de bens | 691 |
| | 1.2. Terceirizações | 692 |
| | 1.3. Alienações de bens públicos..... | 696 |
| | 1.4. Regime diferenciado de contratação | 696 |
| | 2. Parcerias..... | 698 |
| | 2.1. Delegações | 699 |
| | 2.1.1. Concessões..... | 699 |
| | 2.1.2. Permissões de serviços públicos | 709 |
| | 2.2. Cooperações | 710 |
| | 3. Associações..... | 712 |
| | 4. Formas consensuais do exercício de funções autoritárias | 715 |
| IV. | Conclusão: por um novo sentido de contrato administrativo | 718 |

CAPÍTULO SEGUNDO

UNA PROPUESTA DE FORMULACIÓN DE PRINCIPIOS
 JURÍDICOS DE LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS
 PÚBLICOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
 Y OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA
 (CON ESPECIAL REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO DE PROMOCIÓN
 DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL PERÚ)

Por Ramón Huapaya Tapia

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Introducción | 722 |
| | 1. Especies de los contratos públicos | 728 |
| | 2. Propósito del presente trabajo | 731 |
| II. | Marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada en el Perú... | 735 |
| III. | ¿Existen prerrogativas y potestades de la Administración Pública en los contratos públicos de concesión bajo el régimen PIP?..... | 741 |
| | 1. El principio de legalidad y régimen exorbitante en la contratación pública | 745 |
| | 2. Comentarios sobre dos potestades y prerrogativas típicas de la contratación administrativa | 749 |
| | 2.1. <i>Ius variandi</i> o modificación unilateral del contrato | 751 |
| | 2.2. Resolución unilateral (por causa de interés público)..... | 755 |
| IV. | Apreciaciones sobre la existencia y posibilidad de “cláusulas exorbitantes” en el régimen de los contratos públicos de concesión celebrados bajo el régimen de PIP en el Perú | 758 |
| V. | Los Principios Generales del Derecho y su aplicación en los Contratos Públicos de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura sujetos al régimen PIP en el Perú: límites a los denominados privilegios de la Administración en la fase de ejecución de los contratos públicos | 765 |
| | 1. Fundamento del ordenamiento jurídico..... | 771 |
| | 2. Función interpretativa | 771 |
| | 3. Función integradora en caso de vacío o insuficiencia de la ley y de la costumbre como fuentes del Derecho..... | 772 |
| | 4. Utilidad de la construcción de unos principios generales de la ejecución de los contratos públicos de concesión | 773 |
| VI. | Propuesta de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP | 774 |
| | 1. Principio de legalidad | 777 |
| | 2. <i>Pacta sunt servanda</i> de aplicación razonada y ponderada..... | 780 |
| | 3. Principio de buena fe | 784 |
| | 4. Principio de razonabilidad | 787 |

| | Pág. |
|--|------|
| 5. Principio de continuidad de la ejecución | 790 |
| 6. Principio de aplicación razonada de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> | 793 |
| 7. Principio de mutabilidad..... | 795 |
| 8. Principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero..... | 797 |
| 9. Principio del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la contratación pública..... | 800 |
| VII. A manera de conclusión..... | 805 |

CAPÍTULO TERCERO

LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Por Hernán Celorrio

| | |
|---|-----|
| I. Marco del régimen..... | 811 |
| 1. Perspectiva político-social y actividad privada..... | 812 |
| 2. Evolución de institutos jurídicos..... | 815 |
| 3. Impacto financiero y tecnológico | 818 |
| 4. Eficiencia operativa..... | 820 |
| II. Régimen de responsabilidad: aspectos relevantes | 824 |
| III. Responsabilidad | 828 |
| IV. Conclusiones..... | 833 |

CAPÍTULO CUARTO

EL FIDEICOMISO

Por Susy Inés Bello Knoll

| | |
|---|-----|
| I. Introducción | 835 |
| II. Concepto de fideicomiso | 839 |
| III. Elementos del fideicomiso..... | 846 |
| 1. Sujetos | 846 |
| 2. Objeto..... | 850 |
| 3. Fin..... | 852 |
| 4. Forma | 853 |
| IV. El fideicomiso en el ámbito del Derecho Público | 853 |
| V. Conceptualización del fideicomiso público..... | 861 |
| VI. El fideicomiso público en relación a los contratos públicos | 871 |
| VII. Consideraciones finales | 878 |

CAPÍTULO QUINTO

RÉGIMEN DEL COMPRE
TRABAJO ARGENTINO*Por David Andrés Halperin y Esteban Bogut Salcedo*

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Noción y fundamentos de carácter económico y jurídico | 882 |
| II. | Precedentes extranjeros | 888 |
| III. | Régimen argentino: antecedentes, caracteres, suspensión y recon- ducción | 890 |
| | 1. Antecedentes | 890 |
| | 2. Caracteres | 893 |
| | 3. Suspensión..... | 895 |
| | 4. Su reconducción..... | 896 |
| IV. | Lineamientos generales del dec.-ley 5340/1963 | 898 |
| | 1. Generalidades y ámbito de aplicación | 898 |
| | 2. La noción de bien local | 899 |
| | 3. Acerca de la razonabilidad del precio..... | 899 |
| | 4. Restricciones a las Provincias y a los órganos estatales | 900 |
| | 5. La creación de la Comisión Asesora Honoraria y las excepcio- nes al régimen | 901 |
| V. | Lineamientos generales del dec.-ley 18.875 | 902 |
| | 1. Ámbito de aplicación | 903 |
| | 2. Disposiciones relativas a la adquisición de bienes..... | 903 |
| | 3. Disposiciones relativas a la contratación de obras y servicios (que no sean de ingeniería)..... | 905 |
| | 3.1. La reserva de mercado | 905 |
| | 3.2. ¿Qué debe entenderse por “empresa local”?..... | 906 |
| | 3.2.1. Empresa creada o autorizada a operar de confor- midad con las leyes argentinas..... | 907 |
| | 3.2.2. Domicilio legal de la empresa en la República .. | 909 |
| | 3.2.3. Domicilio real en la República del 80% de los directores, personal directivo y profesionales de la empresa | 910 |
| | 3.2.4. Consistencia y evolución de las inversiones de la empresa en bienes de capital..... | 911 |
| | 4. La apertura del mercado local..... | 912 |
| | 4.1. Distinción entre “empresas locales” de capital interno y externo | 912 |
| | 4.2. Condiciones en las que pueden participar las empresas del exterior. La obligación de asociarse | 914 |

| | Pág. |
|---|------|
| 5. Disposiciones relativas a la contratación de “servicios de ingeniería o consultoría” | 916 |
| 5.1. La reserva de mercado a favor de profesionales o firmas consultoras “locales” | 916 |
| 5.2. “Carácter local” del profesional o la firma consultora o de servicios de ingeniería..... | 916 |
| 5.3. ¿Cuándo nos encontramos frente a un contrato de consultoría o servicio de ingeniería?..... | 918 |
| 5.4. Su aplicación en los contratos “llave en mano” | 920 |
| 5.5. La incompatibilidad que genera | 920 |
| 5.6. Criterio para definir la contratación | 922 |
| 5.7. Contratación con firmas del exterior y la obligación de asociarse | 923 |
| 6. El límite para la cesión y/o subcontratación..... | 924 |
| VI. Su reconducción bajo el régimen de la ley 25.551 y su reglamentación..... | 924 |
| 1. Generalidades | 924 |
| 2. Ámbito de aplicación | 926 |
| 3. Régimen para la adquisición de bienes..... | 926 |
| 4. Régimen para la contratación de obras y de servicios. Los contratos parciarios..... | 929 |
| 5. Obligaciones a cargo de los licenciatarios de servicios públicos y de sus subcontratistas directos..... | 930 |
| 6. La autoridad de aplicación y demás organismos de control..... | 932 |
| 7. El incumplimiento del régimen: procedimientos de impugnación por parte del beneficiario de la preferencia..... | 933 |
| 7.1. Legitimación | 933 |
| 7.2. Plazos..... | 933 |
| 7.3. Trámite | 934 |
| 7.4. Suspensión | 934 |
| 8. Su integración con la Ley de Mano de Obra Local y la Ley de Micro, Pequeña y Mediana Empresa | 936 |
| VII. <i>Quid</i> del Compre Argentino y los contratos de consultoría | 938 |
| VIII. Subsistencia del régimen frente a los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones | 938 |
| IX. <i>Quid</i> de la aplicación en el Mercosur y la práctica en los procesos de integración | 943 |
| X. La preferencia en los regímenes de contrataciones aprobados por los organismos multilaterales de créditos para aquellas financiadas por esos organismos..... | 943 |

CAPÍTULO SEXTO

EL CONTRATO DE CONSULTORÍA
Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

Por William Barrera Muñoz

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Introducción | 949 |
| II. | Tratamiento normativo del contrato de consultoría y de prestación de servicios..... | 950 |
| III. | La evolución de ambas tipologías contractuales en el Consejo de Estado colombiano..... | 963 |
| IV. | Reflexiones sobre ambas tipologías en el Derecho Administrativo colombiano | 973 |

CAPÍTULO SÉPTIMO

LO NUEVO Y LO PERMANENTE
DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS
DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

Por Carlos E. Delpiazzo

| | | |
|------|---|------|
| I. | Introducción | 979 |
| II. | Exigencias del Procedimiento Administrativo Electrónico..... | 986 |
| | 1. Supuestos..... | 986 |
| | 1.1. Nuevas exigencias..... | 986 |
| | 1.2. Exigencias permanentes | 991 |
| | 2. Consecuencias..... | 992 |
| III. | Tramitación del Procedimiento Administrativo Electrónico..... | 995 |
| | 1. Sustanciación | 995 |
| | 1.1. Lo nuevo | 995 |
| | 1.2. Lo permanente..... | 1002 |
| | 2. Comunicaciones | 1006 |
| | 2.1. Lo nuevo | 1006 |
| | 2.2. Lo permanente..... | 1007 |
| | 3. Decisiones..... | 1008 |
| | 3.1. Lo nuevo | 1009 |
| | 3.2. Lo permanente..... | 1012 |
| IV. | Conclusión | 1014 |

CAPÍTULO OCTAVO

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

por María Inés Corrá

| | | |
|------|---|------|
| I. | El uso de las TICs en la gestión de la cosa pública: hacia el <i>e-Government</i> | 1016 |
| II. | La contratación pública electrónica..... | 1018 |
| | 1. Concepto y notas generales..... | 1018 |
| | 2. Impacto del uso de las TICs sobre los principios de la contratación pública | 1024 |
| III. | Presupuestos para el desarrollo de las contrataciones públicas electrónicas | 1025 |
| | 1. Necesidad de contar con un marco normativo adecuado..... | 1026 |
| | 2. Necesidad de contar con una infraestructura adecuada | 1035 |
| | 3. Necesidad de un cambio organizacional y cultural | 1038 |
| IV. | La regulación de las contrataciones públicas electrónicas | 1040 |
| | 1. Antecedentes normativos..... | 1040 |
| | 2. Las principales normas vigentes en el orden nacional | 1046 |
| | 2.1. La ley de Firma Digital..... | 1046 |
| | 2.2. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional | 1049 |
| | 3. Las regulaciones locales | 1055 |
| | 3.1. La aplicación de las normas sustantivas de la ley de Firma Digital en las jurisdicciones locales | 1055 |
| | 3.2. Estado actual de las reglamentaciones locales. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires | 1057 |
| | 4. Algunas consideraciones sobre los regímenes vigentes | 1060 |
| V. | Apuntes para el futuro | 1063 |

CAPÍTULO NOVENO

ASPECTOS RELEVANTES DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES CON FINANCIAMIENTO DE ORGANISMOS INTERNACIONALES DE CRÉDITO

Por Diego Calonje

| | | |
|-----|---|------|
| I. | Introducción | 1070 |
| II. | Normas de contrataciones de OIC. Aplicación. Desplazamiento de la normativa local | 1071 |
| | 1. Aplicación con sustento en la adhesión del país al Convenio Constitutivo del Organismo | 1072 |

| | Pág. |
|--|------|
| 2. Aplicación en virtud de la jerarquía normativa de los Contratos de Préstamo por los que se implementan los proyectos..... | 1074 |
| 3. Previsiones del régimen local de contrataciones al respecto ... | 1080 |
| III. Apartamiento de las normas de los organismos | 1083 |
| IV. Clasificación de las contrataciones | 1084 |
| V. Normas de los Bancos. Revisión aplicable | 1084 |
| VI. Breve distinción entre procedimientos de contratación de consultoría y de adquisición de bienes y obras | 1087 |
| VII. Contratación de Consultoría. Notas salientes del Sistema Basado en la Calidad y el Costo (SBCC) | 1088 |
| VIII. Aspectos destacables de la Contratación de Bienes y Obras..... | 1094 |
| 1. Licitación Pública Internacional..... | 1094 |
| 2. Evaluación y comparación de las ofertas. Oferta evaluada más baja | 1095 |
| 3. Poscalificación..... | 1098 |
| 4. Comparación de precios..... | 1099 |
| IX. Documentos estándar de contratación | 1100 |
| X. Confidencialidad en los procedimientos de contratación | 1104 |
| XI. Hacia una integración global y regional en materia de regulación de contrataciones estatales | 1110 |

TÍTULO NOVENO

LAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por Pablo Oscar Gallegos Fedriani

| | |
|---|------|
| I. Contratos administrativos..... | 1115 |
| II. Medidas cautelares..... | 1119 |
| III. Presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo.. | 1122 |
| IV. La suspensión como medida cautelar decretada por la Administración..... | 1122 |
| V. Suspensión decretada por la Administración | 1125 |

| | Pág. |
|--|------|
| 1. Primera hipótesis: razones de interés público..... | 1126 |
| 2. Segunda hipótesis: graves perjuicios al interesado..... | 1128 |
| 3. Tercera hipótesis: cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta | 1129 |
| VI. Jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación | 1129 |
| VII. Aplicación subsidiaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Requisitos de procedencia..... | 1137 |
| VIII. Conjugación de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la ley 19.549 | 1139 |
| IX. La previa solicitud de suspensión en sede administrativa | 1141 |
| X. Las medidas cautelares en sede judicial..... | 1143 |
| 1. Medida precautar..... | 1143 |
| 2. Medida cautelar en la acción declarativa..... | 1145 |
| XI. Suspensión de obra pública..... | 1145 |
| XII. Situaciones de emergencia | 1145 |
| XIII. Medida cautelar autónoma..... | 1146 |
| XIV. La tutela anticipada y la medidas autosatisfactivas | 1148 |
| XV. Conclusión | 1154 |

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES DE INVERSIÓN Y LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS AFECTADOS POR LA EMERGENCIA

Por Julio C. Durand

| | |
|--|------|
| I. Introducción | 1155 |
| II. La privatización de los servicios públicos y la participación de los inversores internacionales..... | 1157 |
| III. Los contratos administrativos para la prestación de servicios públicos y las garantías en materia tarifaria | 1158 |
| IV. Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI) | 1159 |
| V. La Convención de Washington y el CIADI..... | 1165 |
| VI. Mecanismos de solución de controversias previstos en los TBI: el arbitraje de inversión..... | 1165 |
| VII. Procedimiento de los arbitrajes internacionales en materia de inversión (CIADI) | 1168 |
| VIII. La emergencia declarada en 2002 y las disposiciones de la ley 25.561 | 1170 |

| | Pág. |
|---|------|
| IX. Los arbitrajes iniciados por inversores extranjeros en el sector de servicios públicos en la Argentina..... | 1173 |
| X. La situación actual de los arbitrajes | 1179 |
| XI. La situación actual de los contratos | 1182 |
| XII. La cuestión del cumplimiento y ejecución de los laudos CIADI: un interrogante pendiente | 1184 |
| ÍNDICE GENERAL ACUMULATIVO | 1197 |