

## LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

(Con relación al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional)

Por Ariel Cardaci Méndez

### INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo pasar revista sobre las prerrogativas que posee la administración en materia contractual y que hoy se encuentran expresamente previstas, con carácter general, para todos los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8º de la ley 24.156 por imperio del artículo 2 del decreto delegado n° 1023/2001 denominado Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y que fuera reglamentado por el decreto n° 893/2012, haciendo alguna referencia a dichas prerrogativas en el marco de los contratos de obra pública regidos por la ley n° 13.064.

Como bien nos enseña el maestro Cassagne, el rasgo característico del contrato administrativo radica en la presencia de prerrogativas públicas, las que pueden provenir tanto del ordenamiento general, en cuyo caso resultan verdaderas potestades y que serán objeto de análisis en este trabajo, como del propio acuerdo de voluntades<sup>1</sup>.

Una de las grandes discusiones que se ha dado en torno a este tema, es la referida a la denominada cláusula exorbitante implícita y su supuesta peligrosidad<sup>2</sup>, pero como bien se ha señalado “no existen las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas. Lo que sí existen son las prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública, derivadas del ordenamiento general constitutivo del régimen administrativo” y esas prerrogativas “no depende de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse a él”<sup>3</sup>.

Para Marienhoff, estas prerrogativas derivaban de la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común y entendía que existían de pleno derecho y por principio, aun cuando los textos contractuales no las mencionara expresamente<sup>4</sup>. Dichas prerrogativas son irrenunciables por parte del Estado y ellas no son un privilegio de poder, entendido como resabio de regímenes absolutistas, sino que se trata de una potestad jurídica que tiene el Estado para cumplir con el fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del contrato administrativo de que se trate.

Las prerrogativas públicas en la contratación administrativas traen su causa, desde otro plano, no del contrato, sino de la ley, no son expresión de un derecho subjetivo, sino de una potestad atribuida "ex lege" para atender los intereses públicos. En otras palabras, la especial posición de la Administración en materia contractual trae su causa de la necesidad de asegurar la realización de las obras públicas contratadas o de la prestación de los servicios públicos objeto del contrato de que se trate<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La contratación pública”, en “Tratado general de los contratos públicos”, t. I, La Ley, 2013, p. 24 y ss.

<sup>2</sup> MAIRAL, HÉCTOR A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, E.D., 18/09/1998.

<sup>3</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS, “El contrato administrativo”, *El contrato administrativo*, 2da. ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 19 y ss.

<sup>4</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 348.

<sup>5</sup> Rodríguez-Arana Jaime en “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 12, 2008, p. 795 y ss.

## LA NORMATIVA APLICABLE

El dictado del decreto delegado n° 1023/2001 denominado Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (en adelante el RCAN), es la primera consagración normativa general de las prerrogativas exorbitantes del derecho privado que posee la administración<sup>6</sup>, si bien ello es cierto, lo es en parte, debido a que en la mayoría de los casos, dichas prerrogativas ya se encontraban reconocidas, aunque dispersas, en diferentes normas administrativas vigentes<sup>7</sup> pero ahora, conforme lo establece el art. 2º del mencionado RCAN, resultan de aplicación obligatoria a todos los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8º de la ley 24.156. Dicho RCAN ha sido reglamentado a través del decreto n° 893/2012 denominado Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (en adelante la reglamentación).

Quien puede negar, aun antes del dictado de este decreto, que la Administración pública poseía la prerrogativa para revocar, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia un contrato administrativo, aún cuando ello no estuviera previsto contractualmente, renunciar o no ejercer dicha prerrogativa llevaría a la Administración a mantener situaciones no deseadas o que no se corresponden con las necesidades de la comunidad<sup>8</sup>.

Resulta importante aclarar que cuando se hace referencia a las cláusulas exorbitantes o al régimen exorbitante del derecho común que caracteriza a la contratación administrativa, sólo se quiere decir que dichas cláusulas o régimen jurídico son distintos o diferentes al régimen del derecho común, aunque para algunos autores la característica distintiva sea la de que, de ser insertas en un contrato privado, podrían llegar a resultar inválidas o al menos inusuales<sup>9</sup>. Tampoco comparto plenamente ello, debido a que gran parte de esas cláusulas denominadas como exorbitantes del derecho podrían ser puestas perfectamente en un contrato civil y ellas resultarían plenamente válidas, pese a ser infrecuentes<sup>10</sup>.

En muchos casos las cláusulas previstas en la normativa administrativa suele ser, atento la finalidad pública perseguida y por ende la necesidad de que la obra se termine, más beneficiosas para el contratista estatal en comparación con aquellas habitualmente utilizadas en los contratos privados.

Así, por ejemplo, el contratista público se ve beneficiado por las prórrogas en los plazos de cumplimiento que debe otorgar la Administración<sup>11</sup>, la asunción por parte de la Administración de los daños y perjuicios que ocasiona el caso fortuito y la fuerza mayor<sup>12</sup>, etc., situaciones o cláusulas que usualmente no se encuentran en los contratos de derecho privado y que en los contratos administrativos

<sup>6</sup> Conforme LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, "La modificación (*ius variandi*) del contrato administrativo", en "Tratado general de los contratos públicos", t. III, La Ley, 2013, p. 19 y ss. y ORTIZ DE ZÁRATE, MARÍA - DIEZ, HORACIO P., "Perfiles de la contratación administrativa a la luz del dec. 1023/2001", *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 43, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 62.

<sup>7</sup> Como por ejemplo en el dec.-ley n° 19.549/1972, la s leyes 13.064, 17.520 y 25.344.

<sup>8</sup> Siempre con la consecuente reparación económica que corresponda en favor del contratista; lo contrario vulneraría los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional.

<sup>9</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2da. ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 19 y ss., y MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 74 y ss.

<sup>10</sup> A excepción de la imposición de sanciones, como las que faculta el art. 35 de la ley nacional de obras públicas. Dicha norma permite a la Administración aplicar y graduar las multas que impone al contratista como consecuencia de sus atrasos. En el derecho civil este tipo de estipulaciones se las conoce tradicionalmente como cláusulas penales y se exige para su validez que hayan sido expresamente pactadas y tasadas por las partes y respecto de las cuales la jurisprudencia ha entendido que el juez puede morigerarlas, aun de oficio, si las considera abusivas.

<sup>11</sup> Conf. art. 124 del dec. 893/2012.

<sup>12</sup> Conf. art. 39 de la ley 13.064, 13 de dec. 1023/2001 y 120 del dec. 893/2012.

se justifican por el interés público comprometido y por la necesidad de que la obra se termine o el contrato se cumpla.

Al respecto Luqui agrega que, el contratista contrata con un sujeto con solvencia asegurada por ley, no corre el riesgo de que el comitente quiebre y no pueda hacerse de su crédito, el Estado responde por el hecho del príncipe y en caso de que se modifique la ecuación económica del contrato éste debe reestablecerla a fin de que se puedan ejecutar las prestaciones<sup>13</sup>.

La presencia de este tipo de cláusulas exorbitantes del derecho común (régimen jurídico) junto a la presencia de una persona jurídica estatal (sujeto) y que su objeto esté constituido por un fin público o propio de la Administración (objeto) han sido las notas tipificantes del contrato administrativo en la jurisprudencia de nuestra CSJN<sup>14</sup>.

El RCAN en su artículo 12 estableció, sin perjuicio de las establecidas en la normativa específica, las siguientes prerrogativas en favor de la Administración nacional:

- De interpretar los contratos.
- De modificarlos por razones de interés público.
- De decretar su caducidad, rescisión o resolución.
- De aumentar o disminuir el monto total del contrato.
- De control, inspección y dirección.
- De imponer sanciones y penalidades
- De proceder a la ejecución directa del contrato.
- De inspeccionar oficinas y libros.
- De prorrogar los contratos.

### **INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.**

El art. 12, inc. a) del RCAN le otorga expresamente a la Administración Pública la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y la de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

En materia de interpretación de los contratos administrativos, más allá de la aplicación analógica de preceptos del derecho civil o comercial, una de las características que diferencia a estos de los contratos del derecho privado, es que el interés público en juego tiene un papel fundamental en la interpretación del contrato y que debe estar, en forma primaria, a cargo de la Administración Pública que celebró el contrato<sup>15</sup>.

Esta prerrogativa de interpretación unilateral de los respectivos contratos no debe ser entendida como una prerrogativa para que la Administración decida libremente sobre el alcance de lo pactado, sino para adoptar medidas, aunque provisionales, permitan la continuidad de la ejecución del

<sup>13</sup> Conforme LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, "La modificación (*ius variandi*) del contrato administrativo", en "Tratado general de los contratos públicos", t. III, La Ley, 2013, p. 6 y ss.

<sup>14</sup> El criterio para tipificar el contrato administrativo se ha ido gestando a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema en las causas "Dulcamara" y "Cinplast", entre otros, y la noción de régimen exorbitante fue utilizada por el Alto Tribunal en el pronunciamiento dictado en la causa "López, Juan Manuel y otro v. Estado nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ordinario" (Fallos 306:731). Para ampliar respecto de la caracterización del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de nuestra CSJN ver COVIELLO, Pedro J. J., "El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED 111-845, y su ampliación en AA.VV., *Contratos administrativos*, cit., ps. 83 y ss.

<sup>15</sup> Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, cit., p. 4. Para ampliar sobre los preceptos civiles o comerciales aplicables en forma analógica a los contratos administrativos, ver MÓ, Fernando F., *Régimen legal de las obras públicas*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, ps. 402 y ss.

contrato sin perjuicio para el interés público, evitando su paralización por posibles diferencias entre las partes en cuanto al sentido o alcance de alguna de sus cláusulas y en este sentido debe primar el principio de buena fe.

Recordemos que la CSJN ha señalado que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198 del Código Civil), principio que es aplicable en el ámbito de los contratos administrativos, por lo que es exigible a los contratantes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a sus actos anteriores— se ha suscitado en la otra parte. Por un lado, hace exigible a la Administración que no incurra en prácticas que impliquen comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar y como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público<sup>16</sup>.

### **REVOCACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA**

El inc. a) del artículo 12 del RCAN también otorga a la Administración la facultad de revocar, modificar o sustituir los contratos “por razones de interés público”, en estos casos la revocación del contrato implica su finalización debido a que la Administración pública considera, por una decisión gubernamental, que no es conveniente continuar un contrato y ésta es una decisión unilateral y exclusiva de la Administración, siendo ésta una típica manifestación del ejercicio de la potestad administrativa.

Pueden ser objeto de revocación tanto los actos administrativos unilaterales -o sea, aquellos cuya existencia se deba exclusivamente a la voluntad de la Administración- como también los bilaterales, aunque se trate de una bilateralidad limitada, como bien señala MARIENHOFF, referida "a la formación del acto o comprensiva también de sus efectos (ejemplos: permisos de uso del dominio público y concesiones de uso del dominio público, respectivamente)"<sup>17</sup>, o plena, como el caso de un contrato administrativo.

Ello obedece a que a la revocación del acto administrativo bilateral le resultan aplicables los mismos criterios o principios del acto administrativo unilateral<sup>18</sup>.

La ley de obras públicas n° 13.064 no contiene previsión expresa respecto de la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia pero sin embargo, contempla supuestos de rescisión por causas imputables tanto a la Administración como al contratista, basados en presuntos incumplimientos de la contraparte que autorizan a extinguir el contrato, como ser los supuestos establecidos en los arts. 50 y 53 de la mencionada norma.

Aunque algunos autores señalan, con relación al RCAN, que "el espíritu de la ley lo constituye la continuidad del contrato, lo que surge claro de la lectura de su articulado, no está prevista

<sup>16</sup> Conf. CSJN, in re "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos SA y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/contrato administrativo" sentencia del 18/07/2002.

<sup>17</sup> Conf. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado...*, cit., t. II p. 234.

<sup>18</sup> Para ampliar ver los capítulos 6 y ss. de mi libro "Revocación del contrato de obra pública", Bs. As. Astrea, 2014 y mi comentario al artículo 12 del RCAN en "Contrataciones de la Administración nacional. Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado" Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012.

la revocación en forma unilateral de la Administración sin una causa basada en el incumplimiento concreto del contratista<sup>19</sup>.

Recordemos que en el derecho español se ha entendido, en rigor, que la revocación de actos declarativos de derechos, por razones de oportunidad, no está regulada en su ordenamiento y que cualquier acto que declare derechos en favor de un administrado, y que no presente vicios en su constitución, no puede ser revocado por la Administración y cita -por ejemplo- el rescate de las concesiones, pero que llevaría consigo la obligación de indemnizar de manera previa<sup>20</sup>.

En ese mismo sentido Cassagne entiende que aquí resulta aplicable el principio del artículo 17 de la Constitución Nacional y tales razones de interés público deben ser declaradas por ley con previa indemnización al contratista<sup>21</sup>.

Cabe aclarar, aunque pueda resultar evidente, que dicha facultad revocatoria por cuestiones de interés público no puede servir como fundamento para "limpiar" o "sanear" un incumplimiento contractual de la Administración o cuando se pretendan "inventar" las razones de interés público para justificar el actuar ilegítimo del Estado, pues en esos casos estaremos en presencia de un acto nulo, por ser, al menos, falsa o inexistente su causa.

El RCAN ha establecido expresamente en su artículo 12 que la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante. Con relación ésta ilegítima limitación al derecho de propiedad propugnada por el RCAN me remito, ya que excedería el marco del presente trabajo, a lo que he señalado en oportunidad de analizar en profundidad el alcance de la reparación en estos casos<sup>22</sup>.

### **CADUCIDAD, RESOLUCIÓN O RESCISIÓN.**

El inc. a) del artículo 12 del RCAN también otorga a la Administración la facultad decretar la caducidad, rescisión o resolución del contrato, prerrogativas que tradicionalmente se le reconocieron a la Administración y que, más allá de la terminología propia de cada contrato, ya estaban previstas en el decreto-ley de Procedimientos Administrativos n° 19.549/1972 y en las leyes específicas que regulaban ciertos contratos administrativos.

En cuanto a la cuestión terminológica cabe señalar que la finalización del contrato puede darse por causas "normales", como por ejemplo la finalización del plazo o el cumplimiento del contrato, o por circunstancias "anormales", como la revocación, el rescate, la rescisión o resolución o la caducidad del contrato.

Cuando se habla de revocación del contrato, se hace referencia a la facultad que posee la Administración de extinguir un contrato, que puede darse tanto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia<sup>23</sup>, como por razones de ilegitimidad.

En cambio el rescate, como causal de extinción, también por razones de interés público,

<sup>19</sup> CONF. Crivelli - Vega, Digesto. Régimen legal de las obras públicas. Ley n° 13.064, www.jccrivelliabogados.com.ar.

<sup>20</sup> García de Enterría - Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 2002, 11ª ed. t. I, p. 668.

<sup>21</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, cit. p. 154 y ss.

<sup>22</sup> Sobre el tema ver los capítulos 7 y ss. de mi libro *"Revocación del contrato de obra pública"*, Bs. As. Astrea, 2014 y mi comentario al artículo 12 del RCAN en *"Contrataciones de la Administración nacional. Decreto 1023/01. Comentario, anotado y concordado"* Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012.

<sup>23</sup> Cassagne entiende que "cuando la extinción por razones de interés público opera en los contratos administrativos, resulta más adecuado encuadrarla dentro de la resolución o rescisión unilateral sin culpa por razones ajenas al contratista" (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, cit., p. 95).

encuentra su ámbito de aplicación en la concesión de servicios públicos y de obra pública, y consiste en la reasunción de la gestión por parte de la Administración (ejecución directa). Solo podrá recurrirse a la figura del rescate en aquellos contratos en que ello sea posible, tradicionalmente se acepta esta prerrogativa en los contratos de “colaboración”, que por la índole de su objeto pueden ser reasumidos por la Administración y cuyo ejercicio, originalmente, compete al Estado; si, en cambio, lo que se quiere hacer es “eliminar” el servicio, la Administración debe recurrir a la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia del contrato<sup>24</sup>.

Cuando se habla de rescisión o resolución del contrato se hace referencia a la existencia de “culpa” o “falta”, y la extinción, en estos casos, funciona a modo de sanción<sup>25</sup>.

Cuando se habla de caducidad del contrato<sup>26</sup> se aplica el principio establecido en el art. 21 del dec.-ley de Procedimientos Administrativos n° 1 9.549/1972, extensible perfectamente al contrato<sup>27</sup>, y se configura ante el incumplimiento, por parte del contratista, del objeto contractual, no siendo aplicable este instituto a incumplimientos accesorios.

En ese sentido se ha señalado que “la caducidad procede cuando el contratista particular ha incurrido en incumplimiento imputable o atribuible de las obligaciones a su cargo”<sup>28</sup> y que “la caducidad pone fin a la ejecución del contrato, extinguiendo la relación contractual, es decir, privando al contratista del ejercicio de los derechos que le habían sido conferidos por el contrato”<sup>29</sup>.

Dicha caducidad no opera de pleno derecho, sino que la regla es que la Administración debe procurar el cumplimiento del contrato, por lo tanto, debe mediar intimación previa y el otorgamiento de un plazo razonable para que el contratista pueda cumplir con sus obligaciones<sup>30</sup>.

Pero lo novedoso de este inc. a) del art. 12 del RCAN es la inclusión de una prerrogativa, en favor de la Administración, para que una vez decretada la caducidad, rescisión o resolución del contrato, determine los efectos de éstas.

Esta prerrogativa debe ser entendida en el sentido de que la Administración sólo podrá establecer cuál ha de ser su conducta una vez decidida la caducidad, rescisión o resolución del contrato. En ese sentido, sólo podrá determinar si va a continuar la obra por sí, si va a efectuar un nuevo llamado a licitación, si va a tomar los elementos de la obra, etc.

La Administración no podrá determinar otros efectos jurídicos, respecto de la ex contratista, que los expresamente previstos en el contrato de que se trate o en las leyes que lo regulen. Así, por ejemplo, la Administración no podría modificar, en más o en menos, las consecuencias jurídicas que la

<sup>24</sup> Conf. Pritz, Osvaldo F. A., *El rescate*, en AA.VV. Jornadas “Contratos administrativos” de la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, Bs. As. 2000, p. 243 y ss.

<sup>25</sup> En ese sentido, la ley 13.064 en su art. 50 señala que “(l)a Administración nacional tendrá derecho a la rescisión del contrato, en los casos siguientes: a) Cuando el contratista se haga culpable de fraude o grave negligencia o contravenga las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato; b) Cuando el contratista proceda a la ejecución de las obras con lentitud, de modo que la parte ejecutada no corresponda al tiempo previsto en los planos de trabajo y a juicio de la Administración no puedan terminarse en los plazos estipulados; c) Cuando el contratista se exceda del plazo fijado en las bases de licitación para la iniciación de las obras; d) Si el contratista transfiere en todo o en parte su contrato, se asocia con otros para la construcción o subcontrata, sin previa autorización de la Administración; e) Cuando el contratista abandone las obras o interrumpa los trabajos por plazo mayor de ocho días en tres ocasiones, o cuando el abandono o interrupción sean continuados por el término de un mes...”.

<sup>26</sup> La caducidad es un supuesto específico dentro del género “rescisión”.

<sup>27</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “*El contrato administrativo*”, cit., p. 102.

<sup>28</sup> CSJN Fallos 124:171 y 183:116.

<sup>29</sup> Conf. CSJN in re “Canal y Puerto del Oeste SA v. Gobierno nacional s/cobro del importe de obras, tierras y mejoras”, Fallos, 141:190.

<sup>30</sup> En ese sentido, el art. 21 del dec.-ley n° 19.549/1972 señala: “La Administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliere las condiciones fijadas en el mismo, pero deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto”.

ley de obras públicas dispone respecto del contratista una vez producida la rescisión del contrato<sup>31</sup>.

Además, la última parte de este inc. a) del art. 12 del RCAN señala que los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el art. 12 del dec.-ley de Procedimientos Administrativos n° 19.549/1972<sup>32</sup> y sus modificatorias; esto quiere decir que, al igual que cualquier otro acto administrativo, los actos que dispongan la caducidad, resolución o rescisión del contrato, previo cumplimiento de los requisitos esenciales exigidos por ley (art. 7 del dec.-ley de Procedimientos Administrativos n° 19.549/1972), gozaran de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria.

### **MODIFICACIÓN UNILATERAL.**

Una de las características de los contratos administrativos, que los diferencian de los civiles, es la prerrogativa, en favor de la Administración, de modificar unilateralmente las estipulaciones del contrato, siempre dentro de ciertos límites y con la consecuente obligación de indemnizar.

Mientras que en derecho privado rige el principio de inmutabilidad<sup>33</sup>, no ocurre lo mismo en el derecho público, donde el fundamento de esta potestad modificatoria radica en el interés público comprometido en el contrato. En función de este interés público, la Administración puede, por ejemplo, aumentar o disminuir las prestaciones a cargo del contratista, puede modificar el plazo de duración (por ej., mediante el rescate del servicio público) o modificar las condiciones de su ejecución, debido a que la Administración no puede quedar indefinidamente ligada a contratos cuyas condiciones de ejecución ya no resultan adecuadas para satisfacer el interés general<sup>34</sup>.

La posibilidad de modificar el contrato tiene límites que no deben ser sobrepasados. Como primera condición para que la Administración pueda ejercer esta prerrogativa, es imprescindible que exista un cambio objetivo de circunstancias que justifique el ejercicio de esta potestad, ya que ésta tiene como finalidad garantizar la satisfacción del interés general que tiene a su cargo la Administración<sup>35</sup>.

Una vez que el interés público determina la necesidad de una modificación de las estipulaciones contractuales, existen dos clases de límites a esas modificaciones: los cualitativos y los cuantitativos.

Dentro de los límites cualitativos, las modificaciones que imponga la Administración no pueden desnaturalizar el contrato.

La jurisprudencia ha dicho que “en este marco, el Estado goza de diversas prerrogativas exorbitantes del derecho privado, entre las cuales cobra especial relevancia en el sub lite la facultad de

<sup>31</sup> En ese sentido, el art. 51 de la ley 13.064 dispone: “Resuelta la rescisión del contrato, salvo el caso previsto en el inc. c) del artículo anterior, ella tendrá las siguientes consecuencias: a) el contratista responderá por los perjuicios que sufra la Administración a causa del nuevo contrato que celebre para la continuación de las obras, o por la ejecución de éstas directamente; b) la Administración tomará, si lo cree conveniente y previa valuación convencional, sin aumento de ninguna especie, los equipos y materiales necesarios para la continuación de la obra; c) los créditos que resulten por los materiales que la Administración reciba, en el caso del inciso anterior, por la liquidación de partes de obras terminadas u obras inconclusas que sean de recibo, y por fondos de reparos, quedarán retenidos a la resulta de la liquidación final de los trabajos; d) en ningún caso el contratista tendrá derecho al beneficio que obtuviese en la continuación de las obras con respecto a los precios del contrato rescindido; e) sin perjuicio de las sanciones dispuestas en esta ley, el contratista que se encuentre comprendido en el caso del inc. a) del artículo anterior perderá además la fianza rendida”.

<sup>32</sup> “Art. 12.— El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial— e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.

”Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta”.

<sup>33</sup> En ese sentido, el art. 1197 del Código Civil señala que “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

<sup>34</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 397.

<sup>35</sup> DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. II, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 526.

modificar unilateralmente las condiciones del contrato por razones de interés público —conocida tradicionalmente como *ius variandi*— con el único límite de no afectar su sustancia<sup>36</sup>.

En ese sentido, debe preservarse su finalidad y la modificación no puede implicar una alteración de su objeto, respetando siempre las garantías constitucionales que pudieran resultar afectadas por las modificaciones introducidas por la Administración<sup>37</sup>, en especial las garantías del contratista.

La modificación también encuentra sus límites en la necesidad de mantener el equilibrio económico financiero en favor del contratista y en la obligación de la Administración de respetar las garantías constitucionales que pudieran resultar afectadas por la modificación (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional)<sup>38</sup>.

En cuanto a las limitaciones cuantitativas que establece el inc. b), éstas ya se encontraban expresamente establecidas en distintos ordenamientos. Así, por ejemplo, en materia de obras públicas, la ley n° 13.064 otorga a la Administración la *pote stad* de imponer modificaciones de hasta un veinte por ciento (20%) en más o en menos, siendo obligatorias para el contratista; fuera de ese límite, el contratista se encuentra facultado a pedir la rescisión del contrato<sup>39</sup>.

En igual sentido, el derogado decreto n° 436/2000 facultaba a la Administración a aumentar las prestaciones hasta un veinte por ciento (20%) o disminuirlas en un diez por ciento (10%)<sup>40</sup>.

Pero con la reforma que introdujo el art. 5° del decreto n° 666/2003, que modificó la redacción del art. 12 del RCAN, se eliminó el límite que se imponían a dichas modificaciones. Ese tope era de hasta un treinta y cinco por ciento (35%) del monto total del contrato aun mediando conformidad del cocontratante<sup>41</sup>, lo que fue reestablecido por el punto 1), inc. a) del artículo 124 de la reglamentación en cuanto estipula que en ningún caso las ampliaciones o disminuciones podrán exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del monto total del contrato, aun con el consentimiento del cocontratante.

Este tope ya había generado algunas críticas por parte de la doctrina<sup>42</sup>, pero que ahora se ve agravado por el hecho de que la ampliación cuantitativa al del treinta y cinco por ciento (35%) se ha efectuado en la reglamentación cuando ya había sido eliminada en el RCAN tal como hemos visto.

Sin perjuicio de ello, toda modificación que efectúe la Administración debe respetar los derechos del contratista, y para ello, como bien señala la norma, la modificación debe efectuarse “en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos” y en caso de que la modificación efectuada por la Administración produzca un aumento de las prestaciones o trabajos,

<sup>36</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala IV, 14/12/2004, “Ahumada Rosa Martina v. PEN, ley 25.561 decs. 1570/2001, 214/2002 y 471/2002 s/amparo ley 16.986”.

<sup>37</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 401.

<sup>38</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, ps. 401 y ss.

<sup>39</sup> Los artículos de la ley 13.064 en su parte pertinente señalan: “Artículo 30. Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorias para el contratista... La obligación por parte del contratista, de aceptar las modificaciones a que se refiere el presente artículo, queda limitada de acuerdo con lo que establece el art. 53”, y el artículo 53 señala que “(e)l contratista tendrá derecho a rescindir el contrato, en los siguientes casos: a) cuando las modificaciones mencionadas en el art. 30 o los errores a que se refiere el art. 37 alteren el valor total de las obras contratadas en un 20% en más o en menos...”.

<sup>40</sup> El art. 99 del derogado decreto 436/2000 señalaba: “El organismo contratante, con aprobación de la autoridad competente de acuerdo con el monto de la diferencia, tendrá derecho a: a) Aumentar el total adjudicado hasta un *veinte por ciento* (20%) o disminuirlo hasta un *diez por ciento* (10%) de su valor original en uno y otro caso, en las condiciones y precios pactados y con adecuación de los plazos respectivos”.

<sup>41</sup> El art. 12, en su texto original, establecía: “Las ampliaciones no podrán exceder del *treinta y cinco por ciento* (35%) del monto total del contrato, aun con consentimiento del cocontratante”.

<sup>42</sup> ORTIZ DE ZÁRATE, María - DIEZ, Horacio P., “Perfiles de la contratación administrativa a la luz del dec. delegado 1023/2001”, *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 43, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 65, quienes han señalado que “al respecto, creemos que no resulta valiosa la solución adoptada por la norma, en cuanto posibilita que la Administración y el contratista acuerden modificaciones de esa magnitud (por sobre el veinte por ciento, y hasta el treinta y cinco por ciento del valor contrato). Nótese que en los supuestos en los que se pacten ampliaciones aplicando el máximo de la escala podrían configurarse alteraciones a la esencia del contrato, las que podrían implicar la concertación de un nuevo acuerdo, el que, como tal, debería ser objeto de un nuevo procedimiento de selección”.

corresponderá abonarle el excedente conforme a los precios y condiciones establecidos en el contrato<sup>43</sup>, pero en el caso de que la modificación importase la disminución de las prestaciones o trabajos, corresponderá reducir el importe a abonar en la proporción correspondiente. En este supuesto, ello no generará derecho al contratista a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada<sup>44</sup>.

La ley n° 13.064 en su art. 38, prevé un supuesto especial, que se da cuando la modificación impuesta por la Administración importa, respecto de un ítem, un aumento o disminución superior al veinte por ciento (20%) del importe de éste. En este caso, tanto la Administración como el contratista tienen derecho a que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo.

En caso de disminución, el nuevo precio se aplicará a la totalidad del trabajo a realizar en el ítem, pero si se trata de aumentos, éste nuevo precio se aplicará únicamente a la cantidad de trabajo que exceda el originalmente pactado. De no arribarse a un acuerdo entre los contratantes, la Administración podrá disponer que los trabajos del ítem disminuido o aumentado se lleven a cabo directamente por ella (ejecución por sí) o a través de un nuevo contrato, sin derecho a reclamación alguna por parte del contratista. Si la modificación, en cambio, implica la eliminación total de un ítem, el contratista podrá optar por cumplir el contrato en las nuevas condiciones o darlo por rescindido por culpa de la Administración<sup>45</sup>.

### **PODER DE CONTROL, INSPECCIÓN Y DIRECCIÓN.**

Se ha dicho que el poder de dirección y control que tiene la Administración respecto del contratista público existe por “principio” y en consecuencia no necesita de reconocimiento expreso, debido a que la Administración tiene el deber de asegurar la buena marcha de los asuntos públicos y, por ende, le corresponde verificar que la ejecución del respectivo contrato se ajuste a las normas, a las cláusulas de los pliegos, etc.<sup>46</sup>.

Esta prerrogativa de dirección y control va a variar de intensidad según el contrato de que se trate. Así, por ejemplo, en el caso de los servicios públicos, la Administración tiene un poder amplio para dirigir y controlar el servicio público debido a su naturaleza reglamentaria-contractual<sup>47</sup>; será de menor intensidad en el contrato de obra pública, donde dicha prerrogativa suele ejercerse a través del libro de órdenes de servicio<sup>48</sup>; por último, encontramos contratos como el de suministro, donde estos poderes aparecen más atenuados.

Dichos poderes están íntimamente relacionados con el plazo de duración del contrato. Así, en aquellos contratos de larga duración, esos poderes aparecerán fortalecidos y en los contratos de corta duración aparecerán atenuados<sup>49</sup>.

En materia de servicios públicos, donde señalamos que el control es de mayor intensidad, el art. 42 de la Constitución Nacional establece la obligación del Estado de proveer las medidas que aseguren la calidad y eficiencia de los servicios públicos y ha contemplado que la legislación establecerá

<sup>43</sup> En igual sentido el art. 30 de la ley 13.064.

<sup>44</sup> Conforme el art. 30 de la ley 13.064.

<sup>45</sup> El art. 38 de la ley 13.064 señala expresamente que “(l)a supresión total de un ítem, sólo dará al contratista el derecho que le confiere el art. 53”, y el artículo 53 establece que “(e)l contratista tendrá derecho a rescindir el contrato”.

<sup>46</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 394.

<sup>47</sup> DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, cit., t. II, p. 512.

<sup>48</sup> Conf. arts. 28 y 29 de la ley 13.064.

<sup>49</sup> MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 394.

los marcos regulatorios de dichos servicios públicos<sup>50</sup>.

Se ha señalado que el control que puede ejercer la Administración respecto del contratista puede abarcar cuatro aspectos<sup>51</sup>:

- El aspecto material, para determinar si cumple o no con las obligaciones que le impone el contrato.
- El aspecto técnico, para determinar si el contratista cumple con los aspectos especiales o técnicos fijados en el contrato.
- El aspecto financiero, para determinar si cumple con el pago de los subcontratistas, los materiales, la mano de obra, los impuestos y demás tributos<sup>52</sup>, así como todo lo referente a tarifas en el caso de concesionarios de obra, servicios o bienes del dominio público.
- El aspecto legal, para determinar si el contratista cumple con las normas jurídicas que regulan el servicio, la ejecución de la obra, etcétera.

Como se ha dicho, estas potestades, si bien no atañen en forma directa a las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, conciernen en definitiva a cuestiones que no resultan neutras para la Administración, debido a que pueden repercutir en el cumplimiento de prestaciones contractuales esenciales o generar algún tipo de responsabilidad refleja del organismo comitente<sup>53</sup> o respecto de terceros ajenos a la relación contractual.

En ese sentido nuestra CSJN ha señalado que “los órganos administrativos tienen la potestad irrenunciable de verificar y controlar el cumplimiento efectivo y eficiente del contrato, de modo de impedir que se causen daños a terceros ajenos a su ejecución”<sup>54</sup>.

### **IMPOSICIÓN DE PENALIDADES Y SANCIONES.**

Como lógico corolario de la competencia administrativa de dirección y control corresponde la de sancionar, que se encuentra justificada en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato, y que sólo en casos de extrema gravedad puede consistir en la rescisión del contrato y deben tener como fuente la ley, la reglamentación, los pliegos o el contrato<sup>55</sup>.

Las sanciones, en general, pueden consistir en:

- Sanciones pecuniarias (cláusulas penales, multas o daños y perjuicios);
- Medidas coercitivas provisionales (ejecución directa o por tercero), o
- Medidas represivas definitivas (caducidad o rescisión).

La Administración debe, antes de disponer una sanción, constituir en mora al contratista y para ello deberá, previamente, intimarlo para que dentro de un plazo razonable cumpla con sus obligaciones, a excepción de que se haya previsto expresamente en el contrato la innecesidad de la

<sup>50</sup> ORTIZ DE ZÁRATE, María - DIEZ, Horacio P., “Perfiles de la contratación administrativa...”, *cit.*, p. 66.

<sup>51</sup> DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, *cit.*, t. II, p. 514.

<sup>52</sup> Al respecto, el art. 36 de la ley 13.064 señala: “El contratista deberá mantener al día el pago del personal que emplee en la obra y no podrá deducirle suma alguna que no responda al cumplimiento de leyes o de resoluciones del Poder Ejecutivo o del Poder judicial, y dará estricto cumplimiento a las disposiciones sobre legislación del trabajo y a las que en adelante se impusieran”.

<sup>53</sup> ORTIZ DE ZÁRATE, María - DIEZ, Horacio P., “Perfiles de la contratación administrativa...”, *cit.*, p. 67.

<sup>54</sup> Conf. CSJN, 29/6/2004, in re “Roque Reymundo e Hijos SACIFAI v. San Luis, Provincia de y otros s/daños y perjuicios.”

<sup>55</sup> Marienhoff entiende que las sanciones previstas en el contrato no deben ser entendidas como excluyentes o limitativas, porque la Administración puede imponer otras sanciones requeridas por la índole de la falta cometida (conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, *cit.*, t. III-A, p. 412).

intimación previa (mora automática por el mero vencimiento del plazo fijado)<sup>56</sup>, o cuando las circunstancias la tornen inútil atento a la gravedad o particularidad del incumplimiento del contratista.

Las sanciones pecuniarias pueden consignarse como cláusulas penales que consisten en la estipulación *ab initio* de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de alguna obligación contractual, o como multas que facultan a la Administración a disponerlas como consecuencia de incumplimientos contractuales, sin que para ello se tomen en cuenta los daños y perjuicios efectivamente ocasionados y, por ende, sólo tienen como finalidad sancionar conductas o comportamientos.

En ese sentido se ha dicho que comporta un principio de antigua raigambre que —en cuanto sanción autoprotectora, es decir, aquella que sustancialmente reposa en la relación especial de sujeción ligada entre concedente-concesionario— la imposición de la penalidad no resulta fatalmente anudada a la existencia previa de un ‘perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria’ según la modulación consagrada en los arts. 1068 y 1069 del Código Civil y que en la medida que constituyen fórmulas del derecho general pueden ser utilizados aquí sin mayores inconvenientes. Y ello es así, porque si se partiera de un distinto orden de ideas habría que concluir —conduciendo el razonamiento hasta sus consecuencias extremas— que aquel incumplimiento que no suscita un ‘daño’ en el sentido que se deja indicado, no merecería reproche sancionatorio, lo cual no puede ser aceptado<sup>57</sup>.

En cambio, los daños y perjuicios consisten en una reparación pecuniaria, aplicable en los casos en que no se ha previsto contractualmente su punición; y atento a que están ligados al concepto de reparación, no pueden ser impuestos sino cuando ha existido un efectivo perjuicio para la Administración.

Las sanciones coercitivas provisionales, en cambio, tienen por finalidad lograr el inmediato y efectivo cumplimiento de las prestaciones asumidas por el contratista y pueden dar lugar, en supuestos de gravedad, a que la Administración sustituya al contratista, ya sea para ejecutar por sí las prestaciones del contrato o para hacerlas ejecutar por un tercero, debido a que este tipo de sanciones se funda en la idea de que los contratos administrativos deben ser cumplidos en razón del interés público comprometido en su ejecución.

Estas sanciones son medidas transitorias y no tienen por finalidad prescindir del contratista, sino reemplazarlo en la ejecución contractual hasta que pueda volver a realizarlo por sí mismo.

Por su parte, las sanciones represivas definitivas, que son las de mayor gravedad, pueden implicar la rescisión o la caducidad del contrato (lo extinguen) y proceden, únicamente, ante faltas graves y cuando no exista posibilidad alguna de que el contratista cumpla con las obligaciones contractuales.

Al respecto se ha dicho que “el poder de resolución unilateral del contrato administrativo por parte de la Administración —en caso de culpa o falta grave del contratista— es una prerrogativa que

---

<sup>56</sup> En ese sentido el art. 122 del decreto 893/2012 establece que: “Si el adjudicatario desistiere en forma expresa del contrato antes del plazo fijado para su cumplimiento, o si vencido el plazo de cumplimiento original del contrato, de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que hubiera realizado la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes hubiesen sido entregados o prestados los servicios de conformidad, la jurisdicción o entidad contratante deberá declarar rescindido el contrato sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial” y el art. 35 de la ley 13.064, en cuanto señala que “el contratista quedará constituido en mora por el solo hecho del transcurso del o de los plazos estipulados en el contrato”.

<sup>57</sup> Conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala V, 12/08/1998, “Edesur SA v. Resolución 814/1996 —ENRE— [Exp. 1643/95].

integra el régimen exorbitante, y que válidamente aquélla puede ejercer aun en el caso de no estar expresamente prevista en el contrato, por ser insita a todo contrato administrativo<sup>58</sup>.

Estas sanciones no deben ser aplicadas al contratista en aquellos casos en que el incumplimiento obedezca a causas ajenas a su voluntad, como puede ser el caso fortuito o la fuerza mayor, o por hechos de la propia Administración debidamente acreditados, denunciados dentro del plazo establecido en los pliegos al efecto<sup>59</sup> y aceptados por la autoridad administrativa<sup>60</sup>.

El RCAN establece que la Administración tendrá la prerrogativa de imponer las penalidades previstas en el régimen, tanto a los oferentes como a los cocontratantes cuando éstos incumplieren sus obligaciones. En ese sentido, el art. 29 señala que los contratistas podrán ser pasibles de las siguientes penalidades:

- Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato.
- Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones.
- Rescisión por su culpa.

Con relación a la penalidad consistente en la pérdida de garantía de mantenimiento de la oferta, el artículo 126 inciso a) de la reglamentación determina dicha pérdida en caso de que el oferente manifieste su voluntad de no mantener su oferta fuera del plazo fijado para realizar tal manifestación, retirara su oferta sin cumplir con los plazos de mantenimiento o en caso de errores en la cotización denunciados por el oferente o detectados por el organismo contratante antes del perfeccionamiento del contrato.

Con relación a la pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato, se ha establecido que se perderá cuando exista incumplimiento contractual, por expreso desistimiento del adjudicatario del contrato antes de los plazos que fija la reglamentación, en caso de no integrar la garantía de cumplimiento del contrato, luego de la intimación cursada por el organismo contratante o por ceder el contrato sin autorización del organismo contratante.

Con relación a las multas por mora en el cumplimiento de las obligaciones, estas pueden ser graduadas entre el cero coma cinco (0,5) por ciento del valor de lo satisfecho fuera de término por cada diez (10) días hábiles de atraso o fracción mayor de cinco (5) días hábiles y en el caso de los contratos de servicios o de tracto sucesivo los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever la aplicación de multas por distintas trasgresiones vinculadas a las prestaciones a cargo del proveedor.

Al respecto la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la multa por retardo en el contrato de obra pública tiende a garantizar el cumplimiento en término de las obligaciones asumidas por el contratista y tiene por fin actuar en forma compulsiva sobre el contratante, para compelerlo al más exacto acatamiento de sus obligaciones<sup>61</sup>.

La rescisión por culpa del contratista o adjudicatario se configura cuando el adjudicatario desistiere en forma expresa del contrato antes de vencido el plazo fijado para su cumplimiento o los

---

<sup>58</sup> Conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala V, 02/09/1998, "TECSA SA v. SEGBA SA s/contrato de obra pública".

<sup>59</sup> Al respecto el art. 120 del decreto 893/2012 establece que "Las penalidades establecidas en este reglamento no serán aplicadas cuando el incumplimiento de la obligación provenga de caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente documentado por el interesado y aceptado por la jurisdicción o entidad contratante o de actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que coloquen al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones. La existencia de caso fortuito o de fuerza mayor, deberá ser puesta en conocimiento de la jurisdicción o entidad contratante dentro de los diez (10) días de producido o desde que cesaren sus efectos. Transcurrido dicho plazo no podrá invocarse el caso fortuito o la fuerza mayor".

<sup>60</sup> Conf. art. 35 de la ley 13.064.

<sup>61</sup> PTN, Dictamen 80/96 del 21/5/1996.

fijados en la reglamentación, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad.

Tanto la rescisión del contrato como la consiguiente pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato podrán ser totales o parciales, afectando en este último caso a la parte no cumplida de aquél. Como fuera señalado, la rescisión contractual por incumplimiento del contratista queda reservada para los supuestos de incumplimientos graves y exigirá, en principio, la previa constitución en mora y el otorgamiento de un plazo razonable para que el contratista pueda cumplir con sus obligaciones contractuales, salvo que las circunstancias la tornen inútil atento a la gravedad o particularidad del incumplimiento del contratista<sup>62</sup>.

Además, la consecuencia jurídica para el caso de que exista la posibilidad de adjudicar el contrato al oferente que siga en el orden de mérito, los daños y perjuicios, en principio, se establecen en la diferencia de monto que deba abonar la Administración al oferente que resulte adjudicatario en segundo término.

Este tipo de penalidades pueden ser aplicadas directamente por el organismo que haya celebrado el contrato (comitente), pero en cambio las sanciones definidas en el art. 29 del RCAN y 131 de la reglamentación, solo pueden ser impuestas por el organismo rector del sistema, es decir, por la Oficina Nacional de Contrataciones<sup>63</sup> y pueden consistir en:

- Apercibimiento
- Suspensión.
- Inhabilitación.

Con relación a las sanciones, se establece que el apercibimiento puede aplicarse cuando se deba rescindir parcialmente el contrato por causas que le fueren imputables al contratista, cuando el oferente manifestara su voluntad de no mantener su oferta fuera del plazo fijado para realizar tal manifestación, retirara su oferta sin cumplir con los plazos de mantenimiento, cuando al oferente se le hubiese desestimado su oferta por alguna de las causales enumeradas en la reglamentación<sup>64</sup>, cuando el proveedor no aporta la información requerida por la Sindicatura General de la Nación a los fines de emitir el informe de Precios Testigo o cuando se verificara el incumplimiento por parte del cocontratante de obligaciones tributarias o provisionales.

La Administración además podrá aplicar la sanción de suspensión, que no excederá de tres (3) meses, cuando al adjudicatario se le hubiere revocado la adjudicación por causas que le fueren imputables, cuando en el plazo de un (1) año calendario se le hubieren aplicado 3 sanciones de apercibimiento y se prevé la posibilidad de suspender hasta dos (2) años según la gravedad de la infracción<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> De conformidad con lo establecido en el art. 21 del dec.-ley n° 19.549/1972, a excepción de los casos en que la mora se produzca en forma automática o el incumpliendo sea de tal gravedad que la torne innecesaria.

<sup>63</sup> Ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 inc. a) del RCAN y 132 de la reglamentación El órgano rector es la Oficina Nacional de Contrataciones creada por decreto n° 1545/1994 y funciona en el ámbito de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

<sup>64</sup> Causales enumeradas en los incisos a), b), c), d), e), g), i), j), k), l), n) y o) del artículo 84 o del artículo 85 del decreto 893/2012.

<sup>65</sup> En ese sentido los puntos 2 y 3, inc. b) del artículo 131 del decreto 893/2012 establece "Se aplicará una suspensión para contratar por un plazo mayor a tres (3) meses y hasta un (1) año: 2.1.- Al proveedor a quien le fuere rescindido totalmente un contrato por causas que le fueren imputables, cuando el monto de dicho contrato no supere la suma que represente quince módulos (15 M). 2.2.- Al oferente, adjudicatario o cocontratante que, intimado para que deposite en la cuenta de la jurisdicción o entidad contratante el valor de la penalidad aplicada, no hubiese efectuado el pago en el plazo fijado al efecto. 3.- Se aplicará una suspensión para contratar por un plazo mayor a un (1) año y hasta dos (2) años: 3.1.- Al proveedor a quien le fuere rescindido totalmente un contrato por causas que le fueren imputables, cuando el monto de dicho contrato supere la suma que represente quince módulos (15 M). 3.2.- Cuando se constata fehacientemente que el oferente, adjudicatario o cocontratante hubieren incurrido en las conductas descriptas en el artículo 10 del decreto delegado n° 1.023/01 y sus modificaciones. 3.3.-

Con relación a la inhabilitación, la reglamentación ha establecido que se le aplicará a aquellos que se encuentran incurso en alguna de las causales de inhabilitación para contratar establecidas en los incisos b) a g) del artículo 28 del RCAN y durará el tiempo que duren dichas causales<sup>66</sup>.

En materia de obras públicas, la ley n° 13.064 en su art. 35 señala que “las demoras en la terminación de los trabajos con respecto a los plazos estipulados, darán lugar a la aplicación de multas o sanciones que serán graduadas por el Poder Ejecutivo”, penalidades estas que serán graduadas en función de la importancia del atraso y que encuentran su límite tanto en la necesidad de su regulación expresa en el contrato para poder ser exigible al contratista, como en la razonabilidad y no confiscatoriedad<sup>67</sup>.

Además, la ley n° 13.064 establece dos supuestos específicos en que el contratista pierde su garantía. El primer supuesto, cuando el contratista se exceda del plazo fijado para la iniciación de las obras y no proceda el otorgamiento de una prórroga, o que concedida ésta el contratista tampoco diera comienzo a los trabajos, en cuyo caso el contrato quedará rescindido con pérdida de la garantía<sup>68</sup>.

El segundo supuesto, cuando el contratista se haga culpable de fraude o grave negligencia, donde además de las consecuencias jurídicas ordinarias de toda rescisión culpable<sup>69</sup>, pierde la garantía de cumplimiento del contrato.

## **EJECUCIÓN DIRECTA DEL CONTRATO.**

Otra prerrogativa habitualmente reconocida a la Administración es la de asumir directamente, por sí, la ejecución del contrato ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.

Esta prerrogativa se encuadra dentro de las medidas coercitivas provisionales, pero puede pasar a ser una medida represiva definitiva en caso de que persistan los incumplimientos del contratista y la Administración se vea obligada a rescindir el contrato o a decretar su caducidad.

Este tipo de medidas tiene como fundamento el interés público comprometido en la obra o en el contrato, y para que ese fin público se cumpla la obra debe terminarse o el contrato cumplirse.

En general este tipo de medidas, que implican que la Administración ejecute directamente la prestación, sólo son aplicables a los contratos de colaboración, es decir, en aquellos contratos donde la prestación principal está a cargo del contratista y no, en razón de sus características, al contrato de

---

Cuando se constate que el interesado presentó documentación o información falsa o adulterada. 3.4.- Al oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por la causal enumerada en el inciso m) del artículo 84 del presente reglamento. 3.5.- Al oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por la causal enumerada en el inciso f) del artículo 84 del presente reglamento. 3.6.- Cuando el oferente hubiera manifestado que los bienes, procesos o servicios cotizados cumplían con los criterios de sustentabilidad fijados en los pliegos de bases y condiciones particulares y se constate la falsedad de la manifestación o el incumplimiento de lo pactado. 3.7.- Cuando se constate que el adjudicatario no cumplió con la obligación de ocupar en la ejecución del contrato, a personas con discapacidad, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad del personal afectado al cumplimiento de dicha ejecución”.

<sup>66</sup> El artículo 28 del decreto delegado n° 1023/2001 ha determinado que se encuentran inhabilitados para contratar a) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas en virtud de las disposiciones previstas en los apartados 2. y 3. del inciso b) del artículo 29 del presente. b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieran una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, n° 25.188. c) (Inciso derogado por art. 19 de la Ley n° 25.563) d) Los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena. e) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción. f) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación. g) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del artículo 8° de la Ley n° 24.156.

<sup>67</sup> Conf. DRUETTA - GUGLIELMINETTI, “Ley 13.064 de obras públicas. Comentada y anotada”, Bs. As. ed. Abeledo Perrot, 2008, p. 268 y ss.

<sup>68</sup> Conf. art. 50 de la ley 13.064

<sup>69</sup> Establecidas en el art. 51 de la ley 13.064.

suministro.

Esta prerrogativa sólo puede ser ejercida por la Administración en aquellos casos en que medie un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista y el interés público exija el imperioso restablecimiento de las prestaciones. De no ser así correspondería, en principio, la extinción del contrato y la selección de un nuevo cocontratante<sup>70</sup>.

Cuando el incumplimiento del contratista obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, se ha entendido que la ejecución directa de las prestaciones por parte de la Administración sería sin responsabilidad para aquél, pero si le fuera imputable a éste, el contratista debe responder por los daños y perjuicios que la Administración soportará como consecuencia de la ejecución por sí o como consecuencia de la celebración de un nuevo contrato a fin de ejecutar la prestación no realizada. En estos casos las consecuencias se asimilan a la rescisión por culpa del contratista.

El inc. e) del art. 12 del RCAN expresamente establece que la Administración, una vez que ha decidido ejecutar la obra por sí o por tercero, podrá “disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor”, pero omite fijar las condiciones en que se hará ese uso de esos bienes propiedad del contratista.

Mucho más claro, aunque no suficiente, resulta el texto del inc. b) del art. 51 de la ley n° 13.064, que señala que resuelta la rescisión del contrato, “la Administración tomará, si lo cree conveniente y previa valuación convencional, sin aumento de ninguna especie, los equipos y materiales necesarios para la continuación de la obra”.

Esto quiere decir que las partes deberán ponerse de acuerdo en el valor de los bienes, pero el RCAN nada dice al respecto. Este silencio debe ser entendido en el sentido de que, previo a disponer de los bienes del contratista, la Administración debe proceder, mínimamente, a inventariar y valorar los bienes de la contratista esenciales para la continuación de la obra.

En caso de que el contratista disienta con el valor fijado por la Administración, podrá, en su caso, discutirlo judicialmente; mientras tanto, la Administración procederá a utilizar los equipos y materiales indispensables para la prosecución de la obra<sup>71</sup>.

Además, dichos bienes y materiales en ningún caso deberán ser utilizados por la Administración para la ejecución de una obra distinta a la que estaban afectados y la devolución de esos equipos deberá hacerse en idénticas condiciones en las que se encontraban al momento de ser tomadas por la Administración<sup>72</sup>.

El contratista no podrá reclamar nada en concepto de desmejoramiento del equipo por su normal utilización, pero sí podrá reclamar el valor locativo de dicho equipo durante el plazo en que la Administración lo utilice, salvo que la administración decida adquirirlo, en cuyo caso deberá resarcir el valor íntegro del bien en las condiciones en que se encontraba y el precio total de los materiales utilizados por ella<sup>73</sup>.

## LA FACULTAD DE INSPECCIONAR OFICINAS Y LIBROS.

<sup>70</sup> En igual sentido, ORTIZ DE ZÁRATE, María - DIEZ, Horacio P., “Perfiles de la contratación administrativa...”, cit., p. 67.

<sup>71</sup> Ya que nuestra Corte Sup. ha entendido que en ningún caso la falta de acuerdo convencional impide la incautación de los bienes, en virtud del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos (Fallos 182:504).

<sup>72</sup> MÓ, Fernando F., *Régimen...*, cit., ps. 372 y ss.

<sup>73</sup> Conf. DRUETTA - GUGLIEMINETTI, *cit.* p. 434 y ss.

En correlación con el inc. c) del art. 12 del RCAN, que establece la prerrogativa a favor de la Administración de control, inspección y dirección de la respectiva contratación, el inc. f) de ese mismo artículo del RCAN contempla la facultad de la Administración de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes.

Esta facultad debe ser entendida en el sentido de que la Administración ha de ejercerla a fin de controlar e inspeccionar si el contratista cumple, por ejemplo, con el pago de los salarios de su personal, si cumple con las leyes laborales, impositivas, de seguridad e higiene, ART, etc.

En ese sentido, el art. 36 de la ley n° 3.064 impone al contratista la obligación de “mantener al día el pago del personal que emplee en la obra” y dar “estricto cumplimiento a las disposiciones sobre legislación del trabajo y a las que en adelante se impusieran”.

Si el contratista no cumple con dicha obligación podrá considerarse, tal como lo prevé el mencionado art. 36 de la ley n° 3.064, como de negligencia grave a los efectos de la rescisión del contrato, y para ello la Administración debe poder inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes<sup>74</sup>.

No obstante, esta facultad debe ser ejercida razonablemente, debiendo respetar, en todos los casos, la autonomía de gestión técnica y empresaria del contratista, sin violentar el derecho de propiedad, ya que un ejercicio abusivo o ilegítimo de este derecho podría quebrantar el principio de inviolabilidad de la propiedad privada consagrado en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.

### **PRÓRROGA DEL CONTRATO.**

La facultad de prorrogar el contrato en favor de la Administración debe ser aceptada únicamente cuando las circunstancias o el interés público así lo requieran. La utilización de esta facultad debe estar siempre debidamente fundamentada, señalando en cada caso cuál es el interés público comprometido en que el contrato o la prestación se prorrogue.

Más allá de que la norma no lo señale, es obvio que ésta facultad no podrá ser utilizada por la Administración para prorrogar el contrato de un contratista moroso o incumplidor o que haya sido sancionado en el marco del contrato que se pretende prorrogar.

El artículo 12 del RCAN facultad a la administración a prorrogar el contrato cuando así se hubiere previsto expresamente en el pliego de bases y condiciones particulares de los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. Dicha facultad no procederá ejercerse si se ha hecho uso de la prerrogativa establecida en el inciso b) del artículo 12 del RCAN, es decir si se ha aumentado de las prestaciones contractuales y solo se podrá ejercer por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando éste plazo contractual fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá de un (1) año adicional.

El art. 124 de la reglamentación, reitera que los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever la opción de prórroga a favor de la Administración Nacional cuando se trate de contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios y que la limitación a ejercer la

---

<sup>74</sup> Art. 36: “El contratista deberá mantener al día el pago del personal que emplee en la obra y no podrá deducirle suma alguna que no responda al cumplimiento de leyes o de resoluciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial y dará estricto cumplimiento a las disposiciones sobre legislación del trabajo y a las que en adelante se impusieran. Sin perjuicio de lo establecido en art. 39, toda infracción al cumplimiento de estas obligaciones podrá considerarse negligencia grave a los efectos de la rescisión del contrato por culpa del contratista y en todos los casos impedirá el trámite y el pago de los certificados de obras”.

facultad de prorrogar el contrato a que hace referencia el inciso g) del artículo 12 del RCAN y sus modificaciones será aplicable en los casos en que el uso de la prerrogativa de aumentar el contrato hubiese superado el límite del veinte por ciento (20%) establecido en el citado artículo<sup>75</sup>.

## CONCLUSIÓN.

Con el dictado del RCAN<sup>76</sup>, el cual ha merecido críticas tanto de esta parte como de otros autores de la especialidad<sup>77</sup>, se han consagrado normativamente y con carácter general las prerrogativas en favor de la administración que se han analizado a lo largo de este trabajo y que ahora resultan aplicables a todas las contrataciones en que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inc. a) del art. 8º de la ley 24.156, salvo las expresamente excluidas<sup>78</sup>.

El cuestionamiento más grave que merece el RCAN es haber excedido, claramente, el marco de la delegación<sup>79</sup> que efectuara el Congreso de la Nación a través de la ley n° 25.414 para mejorar la competitividad<sup>80</sup> y que sirviera de excusa para que el Ejecutivo pretendiera cercenar el derecho de propiedad al establecer una responsabilidad acotada en materia de revocación del contrato por razones de interés público, vedando la posibilidad de reclamar el lucro cesante padecido<sup>81</sup>.

Dicho RCAM ha sido reglamentado por el decreto n° 8 93/2012 denominado Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional con las particularidades y excesos reglamentarios apuntados, especialmente los referidos a la facultad de la administración de aumentar hasta un 35% el monto del contrato cuando ello ya había sido eliminado del RCAN, tal como se analizara, o la reinstauración de las cuestionadas garantías de impugnación cuando el RCAN no las estipulaba y la PTN las desaconsejaba y que he comentado en su oportunidad<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> El art. 12 del 1023/2001 señala "La autoridad administrativa tendrá las facultades ..... b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un VEINTE POR CIENTO (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos..g) La facultad de prorrogar, cuando así se hubiere previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. La misma no procederá si se ha hecho uso de la prerrogativa establecida en el inciso b) del presente artículo. Se podrá hacer uso de esta opción por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando éste fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional, en las condiciones que se determinen en las normas complementarias".

<sup>76</sup> Aprobado por el decreto delegado n° 1023/2001.

<sup>77</sup> Ver el capítulo 12 de mi libro "Revocación del contrato de obra pública", op. cit. y la opinión de MERTEHIKIAN EDUARDO, en "Revocación por oportunidad de contratos de Infraestructura y resarcimiento del lucro cesante- (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/2001)", Revista del Régimen de la Administración Pública -RAP- N° 320, pág. 17 y ss. y ISABELLA DIEGO, El lucro cesante frente a la responsabilidad por actividad lícita del Estado, su regulación en la ley de emergencia económica y en el decreto delegado 1023/01, "Revista de la Administración Pública", n° especial, "Régimen de contrataciones y Compre nacional", n°28, p. 47.

<sup>78</sup> Conf. artículo 5 del decreto delegado n° 1023/2001, "Quedarán excluidos los siguientes contratos: a) Los de empleo público. b) Las compras por caja chica. c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumentó que acredite la relación contractual, y las facultades de fiscalización sobre ese tipo contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control. d) Los comprendidos en operaciones de crédito público".

<sup>79</sup> Para ampliar ver GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, t. II, p. 272 y MERTEHIKIAN, Eduardo, "Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura y resarcimiento del lucro cesante (Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones aprobado por el decr. delegado 1023/2001)", Revista del Régimen de la Administración Pública, n°320, p. 17.

<sup>80</sup> La ley n°25.414 en su art. 1º, inc. II, apartado e , establece: "Facúltase al Poder Ejecutivo nacional al ejercicio de las siguientes atribuciones... II. emergencia pública... e) dar continuidad a la desregulación económica derogando y modificando normas de rango legislativo de orden nacional sólo en caso de que perjudiquen la competitividad de la economía".

<sup>81</sup> Para ampliar ver el capítulo 12, apartado f) de mi libro "Revocación del contrato de obra pública" op. cit., titulado "La delegación legislativa y la pretendida regulación del derecho de propiedad".

<sup>82</sup> Ver mis comentarios al Dictamen de la P.T.N. 257:151 de fecha 3 de mayo de 2006, titulado "El fin de las garantías de impugnación" publicada en el Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley del día 28/12/2006 (LL 2007-A, p. 258 a 261) y mi comentario al decreto N° 1013/08 del G.C.B.A., titulado "Una nueva victoria de la inconsistencia en el derecho administrativo, esta vez, sobre las garantías de impugnación" publicada en el Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley del día 09/02/2009 (LL 2009-A, p. 1176 a 1178). Para ampliar ver Druetta, Ricardo T., "Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante. Su incompatibilidad con los principios fundamentales del Procedimiento Administrativo", en "Procedimiento Administrativo", 1998, Ed. Ciencias de la Administración Pública, p. 24 y ss. Recordemos que la Procuración del Tesoro de la Nación, a través de Dictamen n° 257:151 de fecha 3 de mayo de 2006, había considerado que la aceptación de una cláusula como la referida, afectaría el carácter gratuito del procedimiento administrativo, así como el hecho de que carecen de sustento fáctico por cuanto no corresponde fundarlas en el desaliento de impugnaciones dilatorias, atento el efecto no suspensivo de éstas, advirtiendo, además, que el reintegro de dicho depósito quedaba sujeto a la exclusiva voluntad y decisión del órgano cuyo acto se

Quizá la importancia del tema merezca que nuestros legisladores y gobernantes efectúen una regulación unificada, coherente y sobre todo, que respete los derechos constitucionales involucrados y ello quizá sea la mayor asignatura pendiente en la materia.