

UNIVERSIDAD DE BELGRANO

ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TRABAJO FINAL

MODIFICACIONES AL CONTRATO ADMINISTRATIVO
LIMITES Y CONSECUENCIAS

ALUMNO: **Néstor Santos Nóbile**
Matrícula 1311- 02116/6

INDICE

- I. Introducción. Pág. 2.-
- II. Sobre el contrato administrativo- Consideraciones generales. Pág. 3.-
- III. Modificación unilateral de los contratos administrativos- Naturaleza. Pág. 8.-
- IV. Fuentes para disponer modificaciones contractuales. Pág. 11.-
- V. Causas y límites a la potestad modificatoria. Consecuencias. Pág. 13.-
- VI. Régimen legal en el derecho argentino. Pág. 22.-
 - 1. Antecedentes . Pág. 22-
 - 2. Análisis de las disposiciones del Decreto 1023/2001-
Las cláusulas exorbitantes. Pág. 26.-
 - 3. Efectos en la Ley de Obras Públicas. Pág. 29.-
- V. Conclusión. Pág. 33.-
- Bibliografía. Pág. 35.-

I.INTRODUCCIÓN.-

La Administración Pública en los contratos administrativos posee prerrogativas en relación a los cocontratantes o colaboradores de la administración que serían consideradas ilícitas o antijurídicas a la luz de las disposiciones privatistas.-

En el presente trabajo procederé a analizar la atribución de la Administración Pública del Estado Argentino de modificar unilateralmente los contratos administrativos.-

Para ello analizaré cual es criterio seguido para determinar que se está frente a un contrato administrativo, cual es la figura jurídica que le da a la Administración Pública Nacional tal potestad sobre estos actos jurídicos administrativos, determinando su naturaleza jurídica, para luego establecer cuál es la fuente específica para su aplicación y las disposiciones legales vigentes en avanzar.-

Debiendo señalar que la importancia de tal figura se relaciona en forma directa con el derecho que le nace al adjudicatario del contrato a solicitar se le mantenga el equilibrio o ecuación económica financiera establecida originariamente en el contrato modificado por aquella atribución, o requerir una indemnización por los daños que la Administración Pública en usa de tales prerrogativas le causare, lo que por cierto tiene posiciones encontradas en materia jurisprudencial.-

II. SOBRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO- CONSIDERACIONES GENERALES.-

El legislador en el artículo 1137 del Código Civil Argentino definió al contrato en general, comenzando con el mismo lo que la doctrina denomina “teoría general del contrato”¹.-

La definición del contrato se integra también con el artículo 1197 del cuerpo normativa referido, con el denominado dogma de la autonomía de la voluntad, ya que se considera por equiparación al contrato como a la ley misma a la que los contratantes quedan sometidos, cuestión que es relativizado² en los contratos administrativos por el fin público o colectivo que éstos persiguen³, quedando éstos sí sujetos, de manera inconvencible, al principio de legalidad⁴.-

La jurisprudencia ha establecido que el contrato administrativo es una especie dentro de los contratos y se caracteriza especialmente por estar celebrado por el Estado⁵, en ejercicio de funciones públicas, con la finalidad de

¹ Cfr. BUERES; Alberto J- HIGHTON; Elena- Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo 3 B, Artículos 1117/ 1189. Obligaciones. Contratos, pág. 493, editorial Hammurabi 2000.-

² “El principio de la autonomía de la voluntad de las partes se relativiza en el ámbito de los contratos administrativos, pues aquéllas están, de ordinario, subordinadas a una legalidad imperativa”.(C.S.J.N., 17/2/1998 - Fallos 321:174).

³ Cfr. CS Buenos Aires, julio 8- 908- Cegelec SA c Dirección de la Energía de la Provincia de Buenos Aires- DJBA 119- 602)

⁴ “En materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que se desarrolla su actividad, la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso, el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización” (CSJN, diciembre 22- 1993- Espacio SA c Ferrocarriles Argentinos s cobro de pesos- ED t 159, pág. 41/51)

⁵ “Cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus

satisfacer necesidades públicas⁶, que contiene explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes⁷, y sometidos a disposiciones específicas en relación a su forma⁸ y ejecución.-

consecuencias serán regidas por el derecho público” (CS, marzo 3- 1992- Yacimientos Petrolíferos Fiscales c Provincia de Corrientes y otro- LL, 1992- B 216- DJ 1992- 1- 899- I, 1992 A 715- ED 146- 337). “...en tales contratos una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado...”(CSJN, “Cinplast v. Empresa Nac. de Telecomunicaciones”, Fallos 316:212).

⁶ “...en tales contratos una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado...”(CSJN, “Cinplast v. Empresa Nac. de Telecomunicaciones”, Fallos 316:212). “Es siempre la presencia del interés público la pauta ordenadora de los contratos administrativos, que brinda a los mismos una especial fisonomía y en los que se destacan las prerrogativas de la administración y la subordinación del contratante. Por lo tanto, prerrogativas y garantías, entonces, son los elementos publicísticos del contrato, propio del sistema”. (TS Córdoba, sala Contenciosoadministrativo, diciembre 22-1992- Empresa Constructora Torres Castaños, Julio C c Municipalidad de Malagueño- LLC, 1993- 796).-

⁷ “... se consolida la concepción del contrato administrativo a partir del voto del juez Fayt en la causa “Dulcamara”, del 29/3/90, voto que prácticamente condensa toda la doctrina de la Corte Suprema sobre el contrato administrativo: “... los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado...” De esta transcripción, que como veremos, sería luego utilizada en otros pronunciamientos por el Alto Tribunal, surgían los siguientes conceptos: 1.el contrato administrativo es una especie del género contrato; 2.se exige la presencia del Estado; 3.el objeto es un fin público, y 4.debe contener explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes”. (COVIELLO, Pedro; El Contrato Administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Universidad Austral, Facultad de Derecho, Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos, Ciencias de la Administración, 2000, vol. 1,pág 87).-

⁸ “Que, en primer lugar, es menester recordar que este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (Fallos: 308: 618; 316: 382) ... Que, en razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público, para lo cual debe acudirse a las normas sobre contrataciones que rigen en la provincia demandada contenidas en la Ley de Contabilidad 3742 ... Que de las constancias obrantes en la causa surge que, en la contratación invocada, no se observan los procedimientos sustanciales pertinentes ... Que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de determinado contrato, dicha

Es decir, nuestro máximo Tribunal sostuvo que: “. . . si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el régimen jurídico de éstos tipos es diferente. . . “⁹, puesto que son regidos por el derecho público y por disposiciones determinadas, aplicándose sólo por analogía las disposiciones del derecho privado en causa de ausencia de norma o principios de derecho público¹⁰ al respecto de la materia de que se tratare.-

El contrato administrativo posee cláusulas propias a los demás contratos, que le permiten unilateralmente al Estado: 1) realizar la interpretación al mismo; 2) efectuarle modificaciones, en virtud de cláusulas exorbitantes; 3) llevar su dirección en la etapa de ejecución del contrato; 4) y revocarlo alegando razones de interés público y sin ser necesario recurrir a la vía judicial para ello.-

Asimismo, cabe señalar que la existencia de cláusulas exorbitantes¹¹ es un hecho dependiente de la voluntad de las partes¹²,

forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia” (CSJN “Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima c Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s Cobro de pesos- M 256 XXXIII).-

⁹ CSJN, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes s cobro de pesos”, Fallos 315: 158. La Corte afirmó en éste precedente que: “. . . cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le compete y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el Derecho Público”.-

¹⁰ “La reglas de derecho privado no se aplican a los contratos administrativos de modo directo o supletorio, pero sí por analogía en ausencia de normas o principios de derecho público que rijan el punto” (CNFed. Contencioso administrativo, sala III, noviembre 24-988- Acosta, Olga C c Comisión Municipal de la Vivienda- LL 1989- B, 295) “En los casos de contrataciones administrativas deben aplicarse ante todo las normas administrativas que contemplan la cuestión, pero cuando no hubiere una norma administrativa expresa, ni principios de derecho administrativo aplicable en la especie, corresponde recurrir a las normas y principios del derecho privado civil, los que se aplican por analogía con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia que constituye la sustancia de estas últimas disciplinas (SC Buenos Aires, noviembre 10- 987- Ecla SA c Dirección de Energía de la Provincia de Buenos Aires B 49.669- LL, 1988- A, 536- DJ, 988- 1- 113 DJBA 134- 41).-

¹¹ “Existen dos tipos de cláusulas exorbitantes del derecho privado: las virtuales o implícitas y las expresas, especiales o concretas. Entre las primeras, que ocurren en la relación de función o empleo público (también la concesión de servicio público y de uso del dominio público), corresponde mencionar: a) aquella en virtud de la cual la administración tiene

especialmente de la Administración, y que ello no es por sí decisivo para determinar la caracterización del contrato administrativo¹³.-

Entendiendo que el contrato administrativo se va a caracterizar si por el criterio subjetivo¹⁴, es decir por un acuerdo celebrado por el Estado con terceros sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, y será regido por el derecho público en tanto éste no se hubiera excluido expresamente de su aplicación, criterio que es sostenido por nuestro máximo Tribunal¹⁵, debiendo siempre respetarse la forma establecida previamente por ley¹⁶ para su validez.-

ejecutoriedad propia; b) la que la faculta a modificar unilateralmente las obligaciones de su cocontratante, sin perjuicio de los correlativos derechos de éste derivados de esa modificación unilateral; c) la que la autoriza a rescindir por sí y ante sí el contrato; d) la que confiere a su cocontratante poderes respecto de terceros; e) la que faculta la administración pública a dirigir y a controlar en forma constante y acentuada, el cumplimiento y ejecución del contrato. Las segundas, las expresas, pueden surgir; 1) del texto mismo del contrato, 2) del complejo de textos o preceptos legales que regulen la actividad del ente, la cual se adhiere al cocontratante. Pero siempre esas cláusulas caracterizantes del actor, tienen a la eficaz satisfacción de los respectivos fines o funciones esenciales del Estado. (CNCiv, sala c, setiembre 4- 980- Vega Jorge A c Municipalidad de la Capital- JA, 981- 397).-

¹² “Si en un contrato regulado por el derecho privado se introdujere una cláusula exorbitante por voluntad de las partes, ello no lo convertiría de por sí, en un contrato administrativo” (C3aCivil, Com, Minas Paz y Tributario Mendoza, octubre 17-978- Accometal SA c Bodegas y Viñedos Giol- SP LL 979- 224).-

¹³ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos; La Contratación Pública, pág. 23, editorial Abeledo Perrot 2009).-

¹⁴ “... Cabe recordar que en contrato COM suscripto entre Pluspetrol Energy SA y Central Térmica Güemes – en calidad de comitentes- con la compañía de transporte de energía de alta tensión Transemer SA –en calidad de contratista- la Administración Pública no fue parte. Es así que no puede asignársele el carácter de contrato administrativo según doctrina de VE 8 Fallo 313:376, disidencia del señor ministro doctor Carlos S Fayt; 316: 212 y doctrina de Fallos 315: 1883) ya que, sin perjuicio de estar sustancialmente regido por el derecho público, desde el momento en que no fue celebrado por una persona jurídica estatal, carece de elemento subjetivo esencial para caracterizar a tales contratos” (Dictamen de la Dra. Laura MONTI- 20de junio de 2006- CSJN “Pluspetrol Energy SA c ENRE Resol 458/02” pág. 307 y ss. XLI).-

¹⁵ Cfr. Fallos 316: 3157.-

Asimismo, cabe adelantar que el contrato administrativo contiene cláusulas inusuales¹⁷ respecto del derecho común o privado, en donde aquí serían consideradas ilícitas¹⁸ por ser contrarias al orden público, ya que lesionaría el derecho de propiedad, y en virtud de estas cláusulas denominadas también ilícitas en el ámbito del derecho privado el Estado podrá sobre los contratos administrativos ejercer prerrogativas unilaterales como las mencionadas supra.-

En tal sentido enseña Cassagne que la caracterización de un contrato como administrativo deviene de un régimen exorbitante del derecho común, en materia especialmente de ejecución y extinción, indicando también que éste régimen está compuesto de las llamadas cláusulas exorbitantes e integrado por diversas prerrogativas y garantías para los particulares, formándose un sistema jurídico global conformado por subsistemas complementarios como serían las prerrogativas de la Administración Pública y las garantías de los particulares¹⁹.-

III.MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS- NATURALEZA.-

Tradicionalmente la doctrina del derecho administrativo admitió la posibilidad de que la Administración Pública, por razones de interés público y

¹⁶“Son nulos los contratos celebrados por las municipalidades, en los que no se cumple el modo previsto para contratar” (CNCiv, sala D, febrero 25-981- Pedrido Federico G c Municipalidad de la Capital JA- 982- 1- 166).-

¹⁷ Cfr. VEDEL, Georges, “Remarques sur la notion des clauses exorbitantes”, pág. 548, París 1956

¹⁸ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S; Tratado de Derecho Administrativo, tomo III- A, págs. 74 y ss., Abeledo Perrot Bs As 1970.-

¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. Los contratos de la Administración Pública, El Derecho, tomo 57, pág 793. FANELLI EVANS, Guillermo E. El régimen y las cláusulas exorbitantes en las concesiones de obras y servicios públicos. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública , pág. 5/7. Setiembre 1997, año XIX, N° 288.-

dentro de ciertos límites constitucionales, modifique unilateralmente los contratos administrativos²⁰.-

En virtud de la importancia de Francia en el ámbito del derecho administrativo cabe citar a su Consejo de Estado que ha proclamado al respecto: "La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio"²¹.-

Como cuestión preliminar es necesario aclarar que la posibilidad de que la Administración Pública modifique los contratos administrativos, no es consecuencia de que éstos sean mutables.-

A lo que cabe agregar que si bien la posibilidad de modificar los contratos administrativos por parte la Administración incide sobre el principio de inmutabilidad; tal potestad no surge de su mutabilidad, sino que la mutabilidad es producto del carácter administrativo de los contratos, carácter por el que se dan una serie de cláusulas exorbitantes que son las que convierten en mutable a las relaciones contractuales administrativas, y en caso que se configuren situaciones especiales y justificadas para que ello ocurra.-

Si bien el principio de la inmutabilidad tiene imperio en el derecho privado, no ocurre lo mismo en el ámbito del derecho público, donde la necesidad de adaptar los contratos al interés general produce un quebrantamiento del principio de inmutabilidad, permitiendo por lo tanto la modificación de los mismos por la sola voluntad de la Administración Pública.-

En el derecho privado argentino no se concibe que una sola de las partes contratantes introduzca modificaciones en el contrato, puesto que el

²⁰ Cfr. COMADIRA, Julio R; "La Licitación Pública", pág. 65, editorial Depalma, 2000.-

²¹ Consejo de Estado, 11 marzo 1910, Compagnie generale francaise des trenways, "Rec.", p 216; "R.D.P.", 1924, pág. 625.-

mismo es ley para las partes, tal como lo prescribe el artículo 1197 del Código Civil Argentino.-

El contrato en el derecho privado argentino no puede ser modificado unilateralmente²², sino existe el consentimiento de ambos contratantes.-

En cambio en derecho administrativo sí, y se admite que la Administración Pública modifique los contratos administrativos, habiéndose expedido en minoría la jurisprudencia en sentido contrario al respecto, diciendo que no puede justificarse modificaciones unilaterales con independencia de la voluntad del contratista²³.-

²² Cfr. BALBIN, Carlos F- Tratado de Derecho Administrativo, tomo IV, pág. 574, La Ley.-

²³ "Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Guillermo A F López. . . . los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos (Fallos: 305:1011; 311:970; 313:376 - voto del doctor Fayt-; causa Y.11.XXII. "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes", sentencia del 3 de marzo de 1992; causa A.588.XXII. "Astilleros Costaguta S.A. c/ Estado Nacional (PEN - Ministerio de Economía- Secretaría de Intereses Marítimos) s/ nulidad de resolución y daños y perjuicios", sentencia del 12 mayo de 1992; causa L.483.XX. "Lockwood S.A. c/ La Pampa, Provincia de s/ aprobación de contrato", sentencia del 16 de junio de 1992, entre muchos otros). Sobre la base de tal principio, se ha precisado que es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que -merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante (Fallos:311:970), y que, entre otros factores a evaluar, la actitud observada por los contratantes con posterioridad a la vigencia del convenio, constituye un valioso elemento interpretativo (Fallos: 300:273 y causa B.684.XXI. "Buenos Aires, Provincia de c/ Estado Nacional s/ cobro de australes", sentencia del 29 de septiembre de 1992, entre otros). . . .Que, como ha recordado esta Corte, dado que el contrato administrativo es también ley para las partes, la modificación unilateral de lo convenido llevada a cabo por la administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Código Civil (Fallos: 312: 84 y 313:376 consid. 11) del voto del doctor Fayt. Y ello así, toda vez que la ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario (Fallos: 308:618; 311:2831; 314: 491). No es esto otra cosa, igualmente, que la aplicación del principio de la legalidad administrativa -derivación de los postulados del Estado de Derecho- que importa la vinculación y sujeción de la Administración Pública al bloque de la legalidad, que se integra no sólo con las normas de rango jerárquico superior -a partir de la Constitución, artículo 31- y reglamentos que emite, sino también con los actos unilaterales y bilaterales que, ceñidos a las normas mencionadas, dicta o asume" (Fallos CSJN- C. 401.

Con esto se pone de resalto una posible desigualdad de los colaborados de la administración que formularon ofertas e intervinieron en el procedimiento de contratación, donde no resultaron adjudicados, ante el oferente adjudicado y las posibles modificaciones futuras, puesto que una modificación que se permita sin límite alguno puede variar la contratación y soslayar principios como el de la concurrencia y la publicidad, todo alegándose estas prerrogativas que posee el Estado en resguardo del bien común.-

Ahora bien, la modificación de los contratos administrativos tal como lo establece Marienhoff no constituye un derecho de la Administración Publica, sino que es una potestad o prerrogativa de la misma²⁴ .-

Siendo la prerrogativa o potestad términos asimilables y deben surgir de la legislación, tal como lo sostiene Cassagne²⁵ y ejercerse dentro de los límites que estableció el legislador.-

XXIV- "Credimax S.A.C.I.F.I.A. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ nulidad de resolución"-Buenos Aires, 20 de octubre de 1994).-

²⁴"Ya se ha dicho que la Administración pública se caracteriza por su condición de sujeto poderoso, pues dispone de armas que no están al alcance de los sujetos privados. . . Las potestades administrativas sitúan a los ciudadanos en una relación de sujeción que les obliga a acatar los efectos jurídicos de su ejercicio, ya sean éstos beneficiosos, concretándose en actos declarativos de derechos, ya sean perjudiciales, por el dictado de actos de gravamen. Manifestaciones del ejercicio de potestades son tanto las licencias y subvenciones como las multas, expropiaciones e inspecciones; unas y otras son expresiones jurídicas del legítimo actuar de la Administración, siempre y cuando hayan respetado las condiciones de su ejercicio, pues todas las potestades administrativas son, por definición, limitadas, en mayor o menor medida, por el ordenamiento. Es el ordenamiento el que, en la dinámica del principio de legalidad, confiere las potestades a la Administración, en unos u otros términos. A veces la atribución de potestades se hace en términos genéricos o discrecionales, . . . , mientras que en otras ocasiones las potestades son regladas, es decir, se reconocen sin apenas margen de indeterminación en cuanto a la forma y el contenido de su ejercicio. Es el caso de la potestad sancionadora, cuyo ejercicio debe reglarse en términos muy detallados para evitar excesos. También la potestad autorizante suele regularse con un notable grado de densidad normativa. En otros casos, en cambio, las potestades se ejercen discrecionalmente o tras una discrecionalidad técnica, como en la valoración de ofertas presentadas para la adjudicación de un encargo público, una subvención, o la selección de personal al servicio de la Administración . . ." (RIVERO ORTEGA, Ricardo; Derecho administrativo económico, 5ta edición, pág. 112).-

De ahí surge como consecuencia fundamental que la Administración no puede renunciar, en forma alguna, al ejercicio de esta prerrogativa, pues las potestades son irrenunciables.-

Con lo cual puedo decir que las cláusulas exorbitantes son potestades legales que posee la Administración Pública, ya sean éstas explícitas o implícitas, para ser ejercidas en procura del interés común o bienestar general.-

Tal es su naturaleza.-

IV.FUENTES PARA DISPONER MODIFICACIONES CONTRACTUALES.-

Esta prerrogativa de modificar los contratos administrativos es propia de la Administración Pública y se encuentra ínsita en todo tipo de contratos administrativos en que es parte el Estado Argentino: “. . . en tal orden de ideas, constituye una clausula exorbitante del derecho común “virtual”²⁶.-

²⁵ “. . . existe una evidente asimilación entre prerrogativa y potestad, la cual debe surgir en forma expresa del ordenamiento en cuanto implica el sometimiento a un poder de sujeción, en forma abstracta y genérica, sobre las personas, lo cual no puede disponerse sino por ley (argumento que se funda en el art. 19 de la CN). . . .Al contrario, la prerrogativa puede concebirse como una facultad que traduce el ejercicio de la potestad, que autoriza a declarar, incluso, inaplicable una determinada prerrogativa o limitar su alcance y efectos, en la medida en que no se contravenga el orden público administrativo ni el fin de interés público relevante²³ que la Administración persigue al celebrar el contrato”. (Cassagne, Juan Carlos; Características Principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional).-

²⁶ MARIENHOFF, Miguel y ob citada, tomo III-A, pág. 395.-

Por lo tanto, su existencia y aplicación no necesita de un cláusula expresa, clara o determinante en la convención que la consagre o disponga, lo que así ha sido reconocido por nuestro máximo Tribunal Federal²⁷.-

La potestad de modificar los contratos por parte de la Administración existe por si como principio general, y por el solo hecho de intervenir el Estado en la contratación administrativa.-

Asimismo, cabe señalar que en algunos supuestos el poder de modificación puede también estar reconocido en el propio contrato o emanar de de un acto administrativo.-

Considero que no puede la Administración convenir, pactar o establecer la renuncia de esta potestad, ya que estar renunciando a un mecanismo que debe ser utilizado para el cumplimiento del fin del Estado, procurar el bien común .-

La doctrina extranjera tiene establecido: “. . . la Administración no puede renunciar directa o indirectamente a su poder de modificación. Esta renuncia sería nula de derecho, de orden público”²⁸.-

En consecuencia a lo expuesto, la potestad modificatoria puede estar o no expresamente establecida en la contratación administrativa, lo que no incide en su operatividad puesto que la misma es de orden público, y de allí surge su fuente de aplicación.-

²⁷ “ . . . Los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración, y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes. . .” (Voto del Dr. Carlos S Fayt- Fallos CSJN 313: 376 Dulcamara SA c Empresa Nacional de Telecomunicaciones).-

²⁸ JEZE; Gastón, “Principios Generales del Derecho Administrativo”, tomo IV, p. 237, editorial Depalma Bs As. 1950.-

V. CAUSAS Y LÍMITES A LA POTESTAD MODIFICATORIA. CLAUSULAS CONTRACTUALES OBJETO DE LA MODIFICACION. CONSECUENCIAS.-

La Administración Pública podrá ejercer la potestad bajo análisis y alterar los contratos administrativos cuando los mismos se hubieren tornado en inútiles, resulten inadecuados a las necesidades originariamente presentadas en la oportunidad en que se configuro la contratación, o convenga modificarlos o alterarlos para que se adapten más convenientemente a la satisfacción del interés público.-

La “modificación” que la Administración Pública le imponga a un contrato administrativo, puede consistir en un aumento como en una disminución de la respectiva prestación, en variar su duración, las condiciones de ejecución del contrato, en modificación de las tarifas, entre otros presupuestos.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios la responsabilidad del Estado concedente y su autoridad no se detienen en el momento del otorgamiento de la concesión, por lo cual resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciare ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evaluación de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de modificación, y, por otra parte, afectaría el principio de igualdad de la licitación, ya que los demás oferentes, al momento de presentarse a aquella, tuvieron en cuenta las pautas de posible modificación tarifaria posterior²⁹.-

²⁹ Cfr. CSJN “Fallos”, 321- 1784 “Maruba SCA Empresa de Navegación Marítima c Ministerio de Obras y Servicios Públicos (Secretaría de la Marina Mercante)”, 30/06/1998.-

La potestad de modificar un contrato administrativo no es ilimitada; al contrario, tiene sus límites y sus eventuales consecuencias.-

Si ello no fuere así quedaría desvirtuada la noción misma de contrato, que aun en el campo del derecho administrativo sigue siendo la ley de las partes, y deben resguardarse los principios generales de derecho.-

La doctrina y jurisprudencia han dicho al respecto: “. . . la teoría del contrato administrativo, como la categoría mas trascendente entre los acuerdos que suele celebrar la administración, ha tenido un desarrollo considerable, abasteciéndose, en principio, de sus propias formulaciones, lo cual no impide la aplicación analógica de las reglas y principios del derecho civil o comercial, aplicación que se lleva a cabo –como lo ha dicho la Corte Suprema- “ con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de los que constituye la sustancia” del derecho administrativo”³⁰.-

El límite esencial al principio por el cual puede la Administración Publica modificar lo establecido en el contrato, se encuentra dado por el objeto sobre el que recae la obligación del adjudicado en el contrato³¹.-

Las modificaciones, como precedentemente señale, podrán ser de las prestaciones en su aspecto cuantitativo, en más o en menos, como en lo cualitativo, variando las especificaciones técnicas, o en ambos casos siempre hasta el límite de no alterar la naturaleza y esencia del objeto del contrato.-

La Administración jamás podrá pretender imponer una modificación que desnaturalice el contrato administrativo, o tener derecho a

³⁰ CASSAGNE, Juan “Derecho Administrativo” 1989- Año 1, p 29. Ed. Depalma 1989.- Cfr. “FALLOS CSJN”, tomo 190, p 151.-

³¹ Cfr. DROMI, Roberto “Licitación Pública”, pág. 519, 2ª edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina.-

establecer un objeto nuevo en el mismo, diferente de aquel que fue contemplado como de la común intención de las partes en la oportunidad que se concertó³².-

Es indudable y clara la prerrogativa de la Administración de modificar los contratos, y el cocontratante tiene el deber de aceptar estas modificaciones por la potestad en que esta investida la primera; pero como en lo sustancial se trata de la alteración de un contrato del que han nacido en su origen derechos subjetivos para el cocontratante, el sacrificio de esos derechos, que en la especie tendría lugar por razones de interés público, requiere el respeto a principios básicos que establece nuestro orden jurídico, y por lo tanto le nacen los derechos a ser resarcido por los quebrantos que ello le ocasione; a la rescisión contractual –en ciertos supuestos- puesto que nadie puede ser obligado a contratar sobre bases totalmente diferentes a las que se tuvieron en el origen de la relación contractual, todo ello depende del grado de razonabilidad de la modificación introducida.-

De manera que la potestad de modificar el contrato encuentra los siguientes límites: 1) en la necesidad de mantener el equilibrio financiero a favor del cocontratante; 2) en la ineludible obligación estatal de respetar las garantías constitucionales que pudieren resultar afectadas por la modificación introducida o pretendida; 3) la finalidad alegada para introducir la modificación debe ser cierta, sincera, verdadera, y no debe encubrir una traición al fin legal, determinante de una desviación de poder³³.-

El principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusivo del derecho privado y solo aplicable a los contratos que caen bajo su órbita, por el contrario es un principio general y por lo tanto comprende también a los de derecho administrativo.-

³² DIEZ, Manuel “Derecho Administrativo”, tomo II, p 527, Bibliográfico Omeba ed. 1965.-

³³ MARIENHOFF M, “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo III- A, p. 402, 3ra edición actualizada, Abeledo- Perrot.-

De aquí deriva que las potestades de modificación contractual que posee la administración no pueden significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contrato con ella, debiendo por ende protegerse el resultado económico que perseguía el cocontratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés, de resguardarse la ecuación financiera del contrato³⁴.-

La doctrina y jurisprudencia han advertido al respecto: “ . . . esa alteración del equilibrio de las prestaciones podía provenir de actos del propio Estado cuando modificaba unilateralmente el contrato en ejercicio del potestas variandi, y que esta circunstancia tenía que incidir en la extensión y alcance de la compensación, la cual no debía limitarse a un ayuda o subsidio para morigerar las pérdidas del contratista (como acontecía al aplicar la teoría de la imprevisión), sino en una reparación integral de la ecuación, ya que no es justo que se obligue al contratista a extender y ampliar las prestaciones acordadas, sin mantener la ecuación”³⁵.-

Los límites a la potestad de modificación de los contratos esta dada por la inalterabilidad de la sustancia misma del contrato y de su ecuación económico - financiera a favor del cocontratante del Estado.-

Traspassado estos límites se tendrá como consecuencia una compensación adecuada, un reajuste de las prestaciones hasta concluir con el contrato por rescisión³⁶ .-

Es decir, estamos frente a modificaciones unilaterales que la Administración introduce en los contratos que suponen una alteración del equilibrio financiero, en consecuencia, el contratista debe ser resarcido en función de que se

³⁴ SAYAGUES LASO, E, “Tratado de derecho Administrativo”, tomo I, 5ta edición, puesta al día 1987 por el Dr. Daniel H Martins, ed. Clásicos Jurídicos Uruguayos.-

³⁵ CASSAGNE, J. ob cit p 30.-

³⁶ COMADIRA, J, ob cit, p 66.-

ha sacrificado y por soslayarse un interés particular por sobre el interés público que motivó el acto administrativo modificatorio³⁷.-

Sobre la cuestión la doctrina tiene establecido:

“ . . . si la administración en ejercicio de atribuciones legítimas produce actos que necesariamente inciden en el objeto del contrato, como cocontratante debe prever que se restablezcan las bases de la contratación (art. 1198), so pena de incurrir en responsabilidad patrimonial . . . ”³⁸.-

“El cocontratante busca su interés financiero, su beneficio y precisamente tiene derecho a que se le asegure ese beneficio, el mantenimiento del equilibrio económico - financiero del contrato o restablecimiento de la ecuación financiera. Es una aplicación del principio de la “intangibilidad de la remuneración del contratista”³⁹.-

La modificación contractual debe surgir de un acto imputable al Estado, lo que se manifiesta a través de decisiones jurídicas o acciones materiales que pueden modificar las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato, soslayando con ello los derechos del contratista de modo sobreviniente a las condiciones originarias.-

El acto modificatorio puede provenir de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebra el contrato, lo que autoriza al cocontratista a requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho del principio.-

³⁷ Cfr. DROMI, Roberto, “Licitación Pública” pág. 646, 2da edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina.-

³⁸ PICONE, Francisco H, “Los principios generales del derecho administrativos”, pág. 40, 41.-

³⁹ BARRA;R, CASSAGNE, J; DROMI, J; GORDILLO, A; OTTONELLO,E ; SÁNCHEZ GAMBINO “Contratos Administrativos”, tomo I, pág. 118, Editorial Astrea, ed. 1982.-

Cabe diferenciar de la alteración del equilibrio financiero, que se opera por el ejercicio de la potestad de modificación unilateral del contrato, del hecho del príncipe, que concierne a medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria, pero que inciden o repercuten sobre el contrato administrativo a los fines de su cumplimiento por el cocontratista, éstas deben ser medidas generales dispuestas por el Estado.-

“La aplicación de la teoría del “hecho del príncipe” requiere, necesariamente, que los actos de gobierno que afecten la normal ejecución del contrato, emanen de la misma autoridad que lo celebro o de otra integrante del mismo orden jurídico, no pudiendo existir dudas acerca de la imposibilidad de darle entrada cuando se trate de contratos administrativos concertados con un municipio provincial, y el alza de precios sea consecuencia de disposiciones o política del Gobierno Nacional”⁴⁰.-

Es decir, para poder invocarse el ius variandi o la teoría del hecho del príncipe que da derecho a la adecuación de la ecuación económica el acto u hecho de la modificación del contrato administrativo debe provenir siempre de una autoridad del mismo orden jurídico de la Administración Pública en donde se celebro el contrato.-

También admiten algunos doctrinarios que cualquier hecho o acto imputable o no al Estado que provoque una distorsión o un desajuste en las prestaciones no deben quedar a cargo del contratista y se soluciona con el restablecimiento del equilibrio contractual por parte de la Administración, y de no ser así, con la consiguiente indemnización que pudiera corresponder⁴¹.-

⁴⁰ SC Buenos Aires, marzo 17- 1981 “Ventuino Hnos SA y otra c Municipalidad de Quilmes-ED tomo 94, pág. 408.-

⁴¹ VAZQUEZ, Adolfo R, “Responsabilidad contractual de la Administración Pública”, p , Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Ed. 1992.-

Ello coloca a la Administración en una situación de reaseguro por cualquier contingencia o hecho que pudiera suceder y que por más simple que fuera tenga incidencia sobre el contrato administrativo, posición que no comparto.-

Cabe entender que toda modificación contractual producida por la Administración da lugar a una reparación o adecuación de la ecuación económica.-

Asimismo, algunos autores consideran que solo el acto de poder anormal o extraordinario que afecte la ecuación financiera del contrato da lugar a la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, puesto que el acto normal u ordinario, que tornen mas gravoso el contrato, queda a cargo del cocontratista, en virtud del riesgo o ventura que este asume⁴².-

Postura a la que no adhiero en virtud del principio de buena fe contractual y dado que pone en riesgo las contrataciones necesariamente debe concertar la Administración para cumplir con sus fines.-

Entiendo que solo la aplicación del ius variandi y la teoría del hecho del príncipe obligan a la Administración Pública a adecuar la ecuación financiera alterada, como también a indemnizar integralmente al contratista por los perjuicios que el acto estatal le haya causado al modificar las circunstancias del contrato.-

El Consejo de Estado francés construyó pretoriamente la ecuación financiera, siguiendo las conclusiones del Comisario de Gobierno, Leon Blum, al decir:

“En todo contrato de concesión esta implícita, como un cálculo, la equivalencia honrada entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. Si la economía financiera del contrato resulta destruida, si por el uso que ha hecho

⁴² Cfr. DROMI, ob citada, pág. 648.-

la autoridad concedente de su poder de intervención, algo se ha perturbado en ese equilibrio de ventajas y cargas en las obligaciones y derechos, nada impedirá al concesionario iniciar una acción de demanda de justicia. Demostrara que la intervención regular, en si mismo obligatoria para el, le ha causado un daño cuya reparación se le debe. Las ventajas y las cargas deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las perdidas previstas”⁴³ .-

Cuando la Administración modifica el equilibrio económico - financiero originario del contrato, por el principio de justicia conmutativa, que supone una igualdad o equilibrio entre los derechos y obligaciones del particular y los de la Administración; una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público es necesario que haya resarcimiento.-

La doctrina tiene establecido: “El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración prerrogativa exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato”⁴⁴.-

La Administración tiene un deber ético- jurídico de mantener intacto el equilibrio financiero, indemnizando las alteraciones al contrato, ello es obra del principio emergente del artículo 17 de la Constitución Nacional, puesto que nadie puede ser obligado a soportar un sacrificio a sus intereses particulares en beneficio del interés general sin previamente ser compensado por ello.-

El principio del equilibrio financiero no constituye un tipo de seguro contra déficits eventuales que pueden surgir de la ejecución del contrato, sino que es una equivalencia entre las cargas y ventajas que el cocontratante tomo

⁴³ Cfr. DIEZ, ob cit, p 530; Jurisprudence Administrative, Paris, 1929, t 3, p 470.-

⁴⁴ RODRÍGUEZ R, Gustavo H “Nuevos contratos estatales. Comentarios a la ley 80 de 1993, p. 233- Cfr. Dromi, ob cit p. 519.-

por el balance razonable que se rompe por la modificación motivada por la Administración Pública.-

Cabe hacer notar que de acuerdo al tipo de modificaciones que la Administración Pública puede introducir en un contrato administrativo, y las consecuencias que ellas puedan producir en la ecuación financiera o de otra índole que pueden acarrear para el cocontratante, se debe reconocer a este los siguientes derechos: 1º) una indemnización; 2º) la rescisión del contrato en caso de que considere que las modificaciones exceden los conocimientos técnicos o las posibilidades financieras pactadas originariamente.-

Es decir, la rescisión se da a favor del cocontratante, imponiéndose el pago de una indemnización en la que deberá meritarse el daño experimentado y el beneficio frustrado⁴⁵, cuestión que nuestro máximo Tribunal admitió, en una primera oportunidad de manera plena,⁴⁶ para luego resguardar el daño emergente y no el lucro cesante cuando existe un acto razonable y justificación política de interés genera⁴⁷.-

El Consejo de Estado francés ha establecido al respecto:

“La Administración. . . tiene derecho. . . a prescribir las modificaciones y los agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el

⁴⁵ JEZE, ob cit p. 242.-

⁴⁶ “La legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas . . . El principio que establece la responsabilidad del Estado por sus actos ilícitos que originan perjuicios a particulares se traduce en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para el acreedor o una sanción para el responsable”. (Causa “Eduardo Sanchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c Dirección Nacional de Vialidad” del 20 de setiembre de 1984. Fallos 306: 1409).-

⁴⁷Cfr CSJN E 187 XXXVII “El Jacarandá SA c Estado Nacional s juicio de conocimiento”, sentencia de fecha 28 de julio de 2005 Fallos 328: 2654 y CSJN Fallos 312: 659.-

funcionamiento normal del servicio. . . Correspondería solamente a la Compañía . . . deducir una demanda de indemnización por reparación del perjuicio que probase que le ha causado una agravación así establecida de las cargas de la explotación”⁴⁸.-

Considero que solo cuando el equilibrio contractual se rompe por un acto o hecho de la Administración Publica nace el derecho del cocontratante al restablecimiento del mismo, debiendo siempre resguardarse la ejecución del contrato, por el principio de continuidad, correspondiendo la rescisión solo en caso de que se demuestra la imposibilidad del cumplimiento por parte del cocontratante, la que debe motivarse en la modificación como causa directa de ello.-

Ahora bien, entender que el quiebre de la ecuación económico no es causal de rescisión es someter al cocontratante a un situación que rompe los principios de justicia distributiva, buena fe y moral, como los preceptos de la Constitución Nacional amparados en sus artículos 16 y 17.-

Asimismo, pretender que el principio de equilibrio financiero opere por todo hecho exterior ajeno a la Administración es colocar a esta como garantía o resguardo contra todos los riesgos de desequilibrio del contrato en que puede caer el cocontratante, y de los cuales la Administración es ajena y no corresponde imputarle responsabilidad alguna por ello, toda vez que en caso de cambios imprevistos deberán ser tratados bajo el ámbito de la teoría de la imprevisión.-

VI. REGIMEN LEGAL EN EL DERECHO ARGENTINO.-

1.ANTECEDENTES.-

⁴⁸ Cons de Est, 19910 “R.D.P.”, 1910, p 270.-

Por el Decreto-ley N° 23.354/56 se aprobaron las disposiciones de la “Ley de Contabilidad y Organización del Tribunal de Cuentas de la Nación y de la Contaduría General de la Nación”, luego ratificado por Ley N° 14.467, el año 1956. –

El Capítulo VI *De las Contrataciones* (art. 55 al 64) de dicho cuerpo normativo, dispuso el marco por el cual se regirían las contrataciones del Estado Nacional.-

Por Decreto N° 5720/72, del 28 de agosto de 1972, se reglamentó el Capítulo VI del citado decreto-ley, convirtiéndose en el “Reglamento de las Contrataciones del Estado”, el cual estuvo vigente durante casi tres décadas.-

Durante el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín se introdujeron diversas modificaciones a dicho reglamento, a través de los Decretos N° 825/88, 826/88 y 827/88, mediante los cuales se implementa un Padrón de Proveedores del Estado y Registro de sancionados, se modifica el régimen de publicidad del Estado, y se determinan criterios para la confección de pliegos y selección de las ofertas.-

El 30 de septiembre de 1992, la Ley N° 24156 –Ley de Administración Financiera y Control del Sector Público Nacional- deroga el Decreto-ley N° 23.354/56, pero mantiene vigente los capítulos V y VI referidos a la gestión patrimonial de bienes y a las contrataciones del Estado respectivamente, como así también sus decretos reglamentarios.-

Si bien el Programa de Reforma de la Administración Financiera Gubernamental que dio origen a la ley 24.156, preveía la reforma del sistema de contrataciones, los sucesivos proyectos de ley presentados al Congreso desde el año 1992, a la fecha no lograron ser sancionados.-

Continuando con el programa de reforma, el 31 de agosto de 1994, mediante el artículo 26 del Decreto N° 1545/94 se crea el Sistema de Contrataciones del Sector Público Nacional, y por su artículo 27, se crea la Oficina

Nacional de Contrataciones (ONC), como órgano rector de dicho sistema, bajo la órbita del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.-

No habiéndose podido sancionar una nueva ley de contrataciones, el 07/12/99, el Poder Ejecutivo Nacional aprueba mediante Decreto N° 1547/99 la sustitución de la reglamentación vigente por el nuevo “Reglamento para la contratación de Suministros y Servicios del Estado Nacional”. -

Asumido el nuevo gobierno, el 23 de diciembre de 1999 mediante Decreto N° 137/99, suspende la entrada en vigencia del nuevo régimen de contrataciones, continuando por consiguiente en vigencia el Decreto N° 5720/72.-

Si bien el Programa de Reforma de la Administración Financiera Gubernamental que dio origen a la ley 24.156, preveía la reforma del sistema de contrataciones, los sucesivos proyectos de ley presentados al Congreso desde el año 1992, a la fecha no lograron ser sancionados.-

El 30 de mayo de 2000 el Poder Ejecutivo Nacional mediante Decreto N° 436/2000, se dispuso el reemplazo de dicho régimen por el nuevo “Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional”; y en los primeros meses del año 2001, el Poder Ejecutivo Nacional elaboró un nuevo anteproyecto de ley, cuyo texto fue publicado en consulta en la página web de la Oficina Nacional de Contrataciones, como “Anteproyecto de Ley de Contrataciones versión Febrero 2001”.-

Finalmente el Gobierno Nacional decidió disponer un nuevo marco legal, mediante un decreto de delegación legislativa con base en la Ley N° 25.444, y en el ámbito de la situación de emergencia, sobre materias administrativas, de acuerdo al artículo 76 de la Constitución Nacional, régimen de delegación que posee carácter legislativo a las disposiciones que dicte el Poder Ejecutivo.-

En consecuencia, se dispuso el Decreto N° 1023/01 de fecha 13 de agosto de 2001.-

Este nuevo marco legal, que entrará en vigencia el 15/10/01, deroga los artículos 55 al 63 del Decreto-ley N° 23.354/56, dispone el régimen general para la contratación de bienes y servicios de la Administración Pública, habilita las contrataciones públicas electrónicas, suprime regímenes especiales aprobados por ley, y modifica la Ley N° 13.064 -Ley Nacional de Obras Públicas-. Decreto N° 5720/72.-

Es decir, el Decreto Ley N° 23.354, capítulo VI "de la Contratación" de fecha 31/12/56, reglamentado mediante el Decreto N° 5720/72 (vigente desde el 28/08/72), constituía uno de los casos de anacronismo clásicos en la legislación argentina.-

Como indique el mismo fue reemplazado por el Decreto Delegado N° 1023/2001, sin una ley dictada en sentido estricto, con el pertinente y previo estudio y debate parlamentario, lo que en contrataciones del Estado siempre estuvo ausente.-

Que por el artículo 39 del Decreto Delegado N° 1023/2001 y sus modificatorias se estableció que el Poder Ejecutivo Nacional debía dictar las reglamentación de ese cuerpo normativo, disponiéndose que hasta entonces regirían las reglamentaciones vigentes, por lo que resulto de aplicación el reglamento aprobado por el Decreto 436/2000 hasta el 7 de junio de 2012 en que se dicto el Decreto N° 893/2012, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el 14 de junio de 2012 que comenzó a regir a los sesenta días corridos de su publicación.-

Pero desde el punto de vista de su contenido constituye un avance material notable, máxime si se consideran los fines a los que debe servir una ley de contrataciones públicas, como es darle al trámite transparencia,

publicidad y concurrencia del procedimiento de contratación que formalice el Estado.-

Cabe remarcar que la disposición vigente como base puede servir para estructurarse un sistema aceptable de gestión de contrataciones de la Administración Pública Nacional.-

2. ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES DEL DECRETO 1023/2001 - LAS CLAUSULAS EXORBITANTES.-

El Decreto 1023/01 enuncia de manera categórica que contratos se encuentran comprendidos en el régimen público y cuales se encuentran excluidos, enrolándose en el sistema de la calificación legislativa, lo que surge del artículo 1ro y 4to del referido ordenamiento.-

Asimismo, se siguen en el mismo la doctrina establecida por la CSJN, en lo referente a los elementos constitutivos del contrato administrativos que el ministro Fayt enunciara en “Dulcamara S.A c/ ENTEL”⁴⁹ y la Corte reafirma en “Cinplast S.A c/ ENTEL”⁵⁰, puesto que toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, elemento subjetivo, que prevé el artículo 1ro del cuerpo normativo bajo análisis.-

El artículo 2º del Decreto 1023/2001 complementa el ámbito de su aplicación al enunciar que dicho régimen se aplica a los procedimientos de contratación en los que sean parte la Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Centralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social.-

Asimismo, el Decreto delegado toma el elemento finalista en el inciso a) de su artículo 12 al señalar que la autoridad administrativa tendrá dentro de

⁴⁹ Cfr. CSJN Fallos 313: 731.-

⁵⁰ Cfr. CSJN Fallos 316: 212.-

sus facultades "...La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público...".-

Enumera además como principio general en el artículo 3º la razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público.-

El artículo 12 del Decreto 1023/01, reglamenta en forma expresa un sistema que regula las prerrogativas públicas sobre los contratos administrativos.-

Con ello entiendo se pone fin a la polémica o debate acerca de las cláusulas exorbitantes implícitas.-

Es decir, se establece en el derecho administrativo argentino un régimen exorbitante de carácter expreso, pero que permite a la Administración Pública formalizar contratos teniéndose ya un límite trazado previamente sobre el ejercicio de determinadas prerrogativas.-

Con lo cual las prerrogativas la Administración deberá efectivizarlas dentro de ciertos límites, existiendo algunas prerrogativas que revisten el carácter de "irrenunciables" para la administración pública, como es la prerrogativa de interpretar los contratos, el poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación, modificación o revocación.-

Ahora bien el artículo 12 del Decreto bajo análisis establece en su inciso b) la facultad de modificar el contrato hasta un veinte por ciento (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados. Asimismo, se incorpora por el Decreto Nº 893/2012 la posibilidad de ampliar o disminuir el contrato hasta el 35% con consentimiento del proveedor; determinándose también que los contratos se podrán prorrogar aún cuando se hubieren ampliado si la ampliación no superó el límite del 20%.-

Es decir, aquí se observa una de las características de los contratos administrativos, que los diferencian de los civiles, como es la prerrogativa, a favor de la Administración, de modificar unilateralmente las estipulaciones del contrato, siempre dentro de los límites legales y con la consecuente obligación de indemnizar.-

Con lo cual, el poder de modificar el contrato administrativo en base a las prerrogativas exorbitantes ha sido expresamente establecido por el régimen contractual administrativo argentino, lo que equivale a decir que aquí es donde se ha establecido el límite jurídico o legal del ejercicio de esa potestad.-

La violación a ese régimen por parte de la Administración dará derecho al contratista a rescindir el contrato⁵¹.-

Cabe señalar también que el inciso b, del artículo bajo análisis prevé la posibilidad de revocación contractual por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, lo que se establece sin culpa para las partes, tal como surge del artículo 121 del Decreto N° 893/2012, y donde se establece solo el derecho a una indemnización por daño emergente, que resulte debidamente acreditado.-

Asimismo, el inciso bajo tratamiento del artículo 12 del Decreto Ley 1023/ 2001, señala de seguido que las modificaciones no generan derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, cuestión que por cierto no tiene justificativo legal cuando el acto que lo dispone es irrazonable y no tiene sustento en razones políticas de interés general; lo que así ha establecido la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal⁵², posición que modifica lo sostenido por el mismo en la causa “Sánchez Granel Obras de Ingeniería SA c Dirección Nacional de Vialidad”⁵³.-

⁵¹ CASSAGNE, Juan Carlos; ob cit El Contrato Administrativo, pág. 106.-

Cabe apuntar que toda modificación disponga la Administración deberá mantener indemne la ecuación económica financiera originaria⁵⁴ del contrato, lo que por cierto es determinante en épocas como las actuales donde existe un importante índice inflacionario que produce una variación de precios magnífica entre el período en que se realiza la oferta, se formaliza el contrato, se procede a su ejecución y la Administración ejerce una modificación al mismo, sostener lo contrario es admitir una clara lesión al derecho de propiedad.-

3.EFECTOS EN LA LEY DE OBRAS PUBLICAS.-

La Ley 13.064 en su artículo 30 establece: “Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados, serán obligatorios para el contratista, abonándose en el primer caso, el importe del aumento, sin que tenga derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada . . . La obligación por parte del contratista, de aceptar las modificaciones a que refiere el presente artículo, queda limitada de acuerdo con lo que establece el artículo 53”.-

Esta última disposición determina: “El contratista tendrá derecho a rescindir el contrato en los siguientes casos: a) Cuando las modificaciones mencionadas en el artículo 20 o los errores a que refiere el artículo 37 alteren el valor total de la obras contratadas en un 20% en más o en menos . . .”.-

Es decir, las modificaciones que puede introducir la Administración al proyecto originario pueden ser de aumento, reducción o supresión de ítems.-

⁵² Cfr. CSJN Fallos 328: 2654; “El Jacaranda SA c Estado Nacional s Juicios de Conocimiento- R 187 XXXVII. 25 de julio de 2005.-

⁵³ Cfr. CSJN Fallos 306: 1409.-

⁵⁴ “. . . si las modificaciones de la Administración rompen el equilibrio económico- financiero del contrato, el contratista debe ser indemnizado” (Suprema Corte de Santa Fe, “Transportes La Florida SRL y otros c Municipalidad de Rosario, 26/6/1996).-

Tiene establecido la doctrina que no hay disposición legal que actúe como valla infranqueable a efectos que la Administración no pueda introducir modificaciones en un contrato, existiendo sólo un límite cuantitativo a ellas y en caso de sobrepasarlas no serán obligatorias para el contratista⁵⁵, pudiendo la contratista admitir que exceda la Administración ese límite con un acuerdo.-

En tal supuesto la Procuración del Tesoro de la Nación ha establecido la doctrina que indica que en caso de existir acuerdo entre la Administración y el contratista, las modificaciones que exceden el límite porcentual establecidos no se estaría produciendo violación alguna a la Ley de Obras Públicas⁵⁶, sin duda ella está sustentada en la teoría de los actos propios⁵⁷.-

Asimismo, entiendo que el acuerdo que se presentare no puede comprender el cambio del objeto de la contratación⁵⁸, ya sea cualitativa como tampoco cualitativamente, que impliquen una variación que desvirtúen el proyecto original⁵⁹, puesto que ello soslayaría los principios de publicidad y concurrencia del procedimiento de contratación.-

⁵⁵ DRUETTA; Ricardo Tomás- GUIELMINETTI; Ana Patricia- Ley de Obras Públicas, pág 233, ed. Abeledo Perrot 2008.-

⁵⁶ Cfr. PTN Dictámenes 168: 441 y 141: 125.-

⁵⁷ MAIRAL; Héctor A. Doctrina de los propios actos y la administración pública, pág. 56/ 57. Ed. Depalma 1994.-

⁵⁸ “ . . . las ostensibles modificaciones incluidas al objeto y en las condiciones de ejecución ya señaladas, impiden asignarle al segundo contrato el carácter de un nuevo tramo dentro de la misma contratación originaria, no necesitado como tal de someterse a requerimientos del trámite licitatorio” (CSJN Fallos 310:2278 “Stamei SRL c Universidad Nacional de Buenos Aires).-

⁵⁹ “ . . . en relación a las manifestaciones relacionadas con la modificación del proyecto, debe tenerse presente la distinción teórica entre adicionales o modificaciones de las condiciones contractuales . . . ya que mientras estas últimas comportan la ejecución de trabajos absolutamente ajenos a los previstos por el contrato (implicando un nuevo acuerdo contractual), los adicionales no alteran las alternativas contempladas originariamente en el contrato, sino que se presentan como una labor exigida para el completamiento o satisfacción de las finalidades tenidas en mira al decidir la contratación . . . Ello así, definidas como ha sido esas prerrogativas, no deben soslayarse las afirmaciones del perito señaladas

Nuestro máximo Tribunal ha establecido en distintos fallos que el ejercicio por parte de la Administración del ius variandi no puede comprender una disminución unilateral de la remuneración comprometida⁶⁰.-

Indicándose, por otra parte, en la doctrina un límite temporal⁶¹ al ejercicio del derecho modificatoria por parte de la Administración, y éste sería la oportunidad en que el contratista cumplió con su obligación, cuestión que por cierto es lógica y razonable, ya que la contraria sería violar la buena fe que rige también en la ejecución de los contratos administrativos, cuestión así tiene decidido nuestra Corte Federal en numerosos pronunciamientos⁶².-

El artículo 30 de la Ley de Obras Públicas también determina que: “Las alteraciones del proyecto que produzcan aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados serán obligatorios para el contratista. . . sin que tenga

al contestar la pregunta 3.1.15, en cuando a que de la comparación del plano que contenía datos planimétricos y el que contenía datos planimétricos y aritméticos, surgía que en el segundo se advertía el desplazamiento de la cámara de inspección de un total de 7 metros aproximadamente, que no implicó – a su juicio- una modificación sustancial del proyecto. Por otra parte, señaló que el plano de las bases licitatorias no contenía información necesaria para que de la comparación con el plano aprobado pueda determinarse que hubo una modificación del proyecto. . . “ (CNFed Contenciosoadministrativo, sala I, “Coppar SA c Gas del Estado s contrato de obras públicas, sent del 3 de febrero de 2000).-

⁶⁰ Cfr. CSJN Fallos 311: 1914 “Salomone, Antonio Pascual c Dirección Nacional de Vialidad s Nulidad de Resolución; Fallos 312: 103 “Decavial SAICAC c Dirección Nacional de Vialidad s Revocatoria; Fallos 311: 1576 “Chacofi SACIFI c Dirección Nacional de Vialidad s Ordinario.-

⁶¹ DRUETTA; Ricardo T y otra; ob citada, pág. 236.-

⁶² “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. Dicha regla tiene singular importancia en los contratos administrativos, en los cuales se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimiento de contratación” (CS, marzo 30- 992- Robles SA Vicente c Estado Nacional- Servicio Nacional de Parques Nacionales- LL 1993- E 402). “Todo contrato –sea cual fuere su naturaleza- debe celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos regidos por el derecho público” (CS, marzo 3- 992- Yacimientos Petrolíferos Fiscales c Provincia de Corrientes y otro- LL, 1992- B, 216- DJ 1992- 1- 899- I 1992- A, 715- ED 146- 337).-

derecho en el segundo a reclamar ninguna indemnización por los beneficios que hubiera dejado de percibir por la parte reducida. . .”.-

De la lectura del artículo citado precedentemente y lo previsto en el artículo 53, inciso a) y f) del mismo cuerpo normativo, ante la rescisión del contrato a favor del contratista por soslayarse el límite legal previsto para la modificación se prohíbe determinar indemnización por lucro cesante, lo que constituye una clara violación al derecho de propiedad.-

Asimismo, considero que la modificación del objeto contractual en más debe llevar a readecuar el precio en forma integral y absoluta para mantener la ecuación económica financiera del contrato.-

En caso que la Administración disponga una modificación más allá del límite legal deberá resarcirse el daño emergente y el lucro cesante, lo que deberá también aplicarse para el caso que la modificación sea de menos, ello a fines de otorgar una reparación justa, cuestión no siempre admitida en la jurisprudencia⁶³, como lo indicara precedentemente.-

⁶³ CSJN Fallos 328:2654 El Jacarandá SA y Fallos 306: 1409 Sánchez, Granel, Obras de Ingeniería SA.-

V. CONCLUSION.-

De acuerdo a lo expuesto la Administración Pública tiene la potestad o prerrogativa de ejercer sobre los contratos administrativos el llamado *ius variandi* o poder de modificación unilateral de los mismos, tornando con ello inaplicable un principio esencial de la teoría de los contratos en general como es el *pacta sunt servanda, contractus lex inter partes*.-

Ahora bien, toda modificación que se intente debe tener como objetivo el interés o bienestar general, pero debe resguardar el mantenimiento del equilibrio del contrato, debiendo en su caso compensar los perjuicios que la modificación causa la contratista, puesto la figura de colaborador⁶⁴ de la Administración Pública que se le da al contratista no puede llevar a soslayar derechos constitucionales como es el de propiedad, de resguardo esencial en la sociedad moderna.-

Es decir, por el interés público y dentro los márgenes legales y en un contrato administrativo en particular la Administración podrá ejercer su potestad modificatoria de forma ilimitada, en procura de aquel interés⁶⁵.-

Ahora bien, todo perjuicio patrimonial que como consecuencia de la modificación se produzca al contratista debe ser materia de indemnización, ello en resguardo la mantener inalterable el derecho de propiedad, dado que el

⁶⁴ “Los principios que actualmente informan la contratación administrativa, tienen al contratista ya no como un adversario, la parte contraria en un conflicto siempre latente, sino como un colaborador cuyos intereses no son necesariamente opuestos al interés del Estado, no concordando con aquellas posiciones de dureza, rigidez o inflexibilidad” (SC Buenos Aires, marzo 25- 981- Menfer SA c Gobierno Nacional- DJBA 120- 325- ED 94 621) (Cfr. TS Córdoba, sala Contenciosoadministrativo, agosto 6- 990- Guzmán Trettel, Horacio c Municipalidad de Córdoba- LLC, 1990- 766).-

⁶⁵ Cfr. VAZQUEZ; Adolfo Roberto, “Responsabilidad contractual de la Administración Pública, pág. 310/ 311, ed. A`baco de Rodolfo Depalma 1992.-

mismo es inviolable y toda alteración a él deberá ser integrado, tal como lo prevé el artículo 17 de la Constitución Nación, sostener lo contrario sería admitir una carga pública en forma exclusiva sin resarcimiento, como lo prohíbe el artículo 16 del mismo cuerpo legal⁶⁶.-

San Luis, 20 de diciembre de 2012.-

⁶⁶ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, pág. 103, ed. 3ª AbeledoPerrot 2009.-

BIBLIOGRAFIA

-BUERES; Alberto J- HIGHTON; Elena. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo 3 B, Artículos 1117/ 1189. Obligaciones. Contratos, editorial Hammurabi 2000.-

-CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo 1989- Año 1, Ed. Depalma 1989.-

-CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo, ed. 3ª Abeledo Perrot 2009.-

-CASSAGNE, Juan Carlos. El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo, Buenos Aires, año 1, mayo- agosto 1989. La Ley 1991- A, 1147).-

-CASSAGNE, Juan Carlos. Los contratos de la Administración Pública, El Derecho, tomo 57, pág 793.-

-COVIELLO, Pedro. El Contrato Administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Universidad Austral, Facultad de Derecho, Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos, Ciencias de la Administración, 2000, vol. 1.-

-BALBIN, Carlos F. Tratado de Derecho Administrativo, tomo IV, La Ley, ed 2011.-

-BARRA, Rodolfo C; CASSAGNE, Juan Carlos; DROMI, José R; GORDILLO, Agustín; OTTONELLO, Néstor J.; SÁNCHEZ GAMBINO, Enrique. Contratos Administrativos, tomo I, Editorial Astrea, ed. 1982.-

-COMADIRA, Julio R. La Licitación Pública, pág. 65, editorial Depalma, 2000.-

-DIEZ, Manuel. Derecho Administrativo. Bibliográfico Omeba ed. 1965.-

-DRUETTA, Ricardo Tomás- GUIELMINETTI, Ana Patricia. Ley de Obras Públicas, pág. 233, ed. Abeledo Perrot 2008.-

-DROMI, Roberto. Licitación Pública, 2ª edición actualizada, Ediciones Ciudad Argentina.-

-ETCHEBARNE BULLRICH, Conrado. El contrato administrativo: es un acuerdo de voluntades?, La Ley 1986- A, 943.-

-FANELLI EVANS, Guillermo E. El régimen y las cláusulas exorbitantes en las concesiones de obras y servicios públicos. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública pág. 5/7. Setiembre 1997, año XIX, Nº 288.-

-JEZE; Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo, editorial Depalma Bs As. 1950.-

-MARIENHOFF Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, tomo III- A, 3ra edición actualizada, Abeledo- Perrot.-

-MAIRAL; Héctor A. Doctrina de los propios actos y la administración pública, pág. 56/ 57. Ed. Depalma 1994.-

-PICONE, Francisco H. Los principios generales del derecho administrativos, ed 1941.-

-SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de derecho Administrativo, 5ta edición, puesta al día 1987 por el Dr. Daniel H Martins, ed. Clásicos Jurídicos Uruguayos.-

-VAZQUEZ; Adolfo Roberto. Responsabilidad contractual de la Administración Pública, ed. Abeledo de Rodolfo Depalma 1992.-

- VEDEL, Georges. Remarques sur la notion des clauses exorbitantes, París 1956.-