

PERFILES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA A LA LUZ DEL DECRETO 1023/2001

Citar Lexis N° 0027/000097

Género: Doctrina

Autor: Ortiz de Zárate, Mariana - Diez, Horacio P.

Fuente: RDA 2003-49

I. INTRODUCCIÓN. LA NOCIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

A pesar de que un sector de la doctrina nacional ha desarrollado una línea de pensamiento adversa a la admisión de la figura del contrato administrativo (2), lo cierto es que para la mayor parte de nuestros tratadistas (3), aun desde perspectivas que exhiben matices diferenciadores, el contrato administrativo posee una configuración jurídica propia y específica, sujeta a un régimen de derecho público que se nutre de una suma de prerrogativas conferidas al Estado como gestor del interés general y, a la vez, de un conjunto de garantías reconocidas a quienes se vinculan con aquél.

Más allá de los disensos doctrinarios generados en torno del instituto del contrato administrativo, lo concreto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció en forma expresa su existencia a través de diversos pronunciamientos (4), en los que quedaron delineadas sus notas distintivas.

En síntesis, para nuestro máximo Tribunal de Justicia el contrato administrativo puede ser caracterizado como un acuerdo generador de situaciones jurídicas subjetivas, una de cuyas partes es una persona jurídica estatal, que tiene por objeto la satisfacción de un fin público o propio de la Administración y que contiene implícita o explícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (5).

II. EL MARCO NORMATIVO PREEXISTENTE AL DECRETO 1023/2001

Una de las notas que caracterizó históricamente el sistema legal y reglamentario atinente a las contrataciones administrativas en el orden nacional, fue la ausencia de un régimen general destinado a regular, en forma integral, la totalidad de los aspectos esenciales de la materia.

Cabe acotar que, conforme a un criterio tradicionalmente sustentado por la Procuración del Tesoro de la Nación (6), las disposiciones del Capítulo VI de la Ley de Contabilidad (dec.-ley 23354/1956) fueron aplicadas no sólo a los contratos indicados en el art. 55 de ese cuerpo legal (compras o ventas, locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros), sino a la generalidad de los contratos del Estado nacional, habida cuenta del carácter meramente enunciativo que se le atribuyó a la enumeración de figuras contractuales previstas por la norma.

Pero las reglas jurídicas plasmadas en el aludido capítulo VI de la Ley de Contabilidad fueron concebidas, fundamentalmente, para vertebrar el sistema de selección de los contratistas del Estado y el de competencias de los órganos de la Administración para la autorización y aprobación de las distintas contrataciones.

Es decir que dicho capítulo no incluyó un plexo normativo destinado a consagrar un régimen general en materia de ejecución de los contratos administrativos.

Esa carencia resultó especialmente sensible, pues fundamentalmente durante la ejecución del contrato administrativo es cuando adquieren operatividad las diversas prerrogativas exorbitantes del derecho común atribuidas al Estado; elementales razones de seguridad jurídica exigían una regulación que, al menos a través de principios generales, delimitara el contenido de las potestades estatales y plasmara, en lo esencial, las garantías reconocidas a los contratistas.

En ese contexto era preciso acudir, pues, a las disposiciones incluidas en los regímenes especiales aplicables a cada una de las figuras contractuales en particular:

- la ley 13064 _ (ALJA, 1853-958-J-378) en materia de contratos de obras públicas;
- la ley 22460 _ (LA, 1981-A-342) en lo atinente a la contratación de servicios de consultoría;
- la ley 17520 _ (ALJA, 1967-B-1404) respecto de los contratos de concesión de obras públicas;
- los marcos regulatorios aplicables a los contratos de concesión de servicios públicos específicos: ley 24065 _ (LA, 1992-A-74) (Distribución, transporte y generación de energía eléctrica); y ley 24076 _ (LA, 1992-B-1636) (Regulación del transporte y distribución del gas natural);
- el dec. 5720/1972 _ (ALJA, 1972-B-1209) -dictado en el marco del art. 61 _ , Ley de Contabilidad- en lo referido a los contratos de suministros, locaciones, ventas de bienes muebles, concesiones de bienes, y propaganda y publicidad; dicho régimen reglamentario fue oportunamente derogado y sustituido por el reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional aprobado por el dec. 436/2000 _ (LA, 2000-B-1747).

III. EL DECRETO 1023/2001 _ . SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

A través del dec. 1023 _ del 13 de agosto de 2001 (7) el Poder Ejecutivo nacional aprobó un nuevo "Régimen de Contrataciones" destinado a regir en el ámbito de la Administración nacional centralizada y de los organismos descentralizados, incluidas las instituciones de la Seguridad Social (conforme art. 2º _ del decreto antes citado; y art. 8º _ , inc. a), ley 24156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional, LA, 1992-C-3353).

El art. 38 _ de este nuevo cuerpo normativo derogó, entre otras, las normas del capítulo VI de la Ley de Contabilidad (dec.-ley 23354/1956 _); y estableció un conjunto de disposiciones que conforman un régimen aplicable a la generalidad de los contratos que celebre la Administración nacional: compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de bienes del dominio estatal, obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias (conforme art. 4º _ , dec. 1023/2001).

Quedaron excluidos, únicamente, los contratos de empleo público (8) ; las compras por caja chica; los contratos que se celebren con otros Estados, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, o los que se financien total o parcialmente con recursos proporcionados por esos organismos; y los comprendidos en las operaciones de crédito público (cfr. art. 5º _ , dec. 1023/2001).

Cabe sostener que la enumeración de las figuras contractuales incluidas en el ámbito de aplicación del dec. 1023/2001 _ es enunciativa, mientras que la de los contratos excluidos es taxativa; ello surge del art. 4º _ del decreto, en cuanto prevé la aplicabilidad del régimen a todos aquellos contratos que no sean objeto de una exclusión expresa.

No obstante, es oportuno señalar que el art. 35 _ del aludido decreto consagra la preeminencia de las normas de la ley 13064 _ , por sobre el régimen general que motiva este comentario, respecto de la regulación de las obras públicas en el orden nacional.

Es preciso poner de relieve que el dec. 1023/2001 _ tiene rango y jerarquía legal, pues fue emitido en ejercicio de las facultades de orden legislativo que le fueron oportunamente delegadas al Poder Ejecutivo nacional a través de la ley 25414 _ (publicada el 30 de marzo de 2001) (LA, 2001-B-1482), con sustento en el art. 76 _ , CN (LA, 1995-A-26) [\(9\)](#) .

En efecto, el art. 1° _ , inc. II, ap. e) de dicha ley, había autorizado al Poder Ejecutivo nacional a derogar y/o modificar normas legales de orden nacional cuando estas últimas perjudicasen la competitividad de la economía, estándar normativo dentro del cual quedaron aprehendidas las normas referidas a las contrataciones del Estado nacional, habida cuenta de su proyección e impacto sobre la actividad de las empresas privadas y por ende sobre la competitividad del sistema económico general.

Resta acotar que la derogación de la ley 25414 _ a través de la similar 25556 (publicada el 28 de diciembre de 2001) (LA, 2002-A-43) no ha afectado la validez del dec. 1023/2001 _ , ya que la caducidad de la delegación de facultades legislativas no incide sobre la continuidad de la vigencia de los reglamentos delegados dictados al amparo de la primera de las leyes citadas (arg. art. 76 _ , segunda parte, CN; y art. 6° _ , ley 25414).

Veamos, pues, cuáles son los principios generales en materia contractual administrativa que han encontrado recepción normativa expresa a través del citado decreto, las que se proyectan sobre un amplio espectro de contratos del Estado nacional.

A esos fines serán objeto de análisis únicamente las disposiciones destinadas a conformar el sistema general de las contrataciones administrativas: fundamentalmente, los Títulos I y III del dec. 1023/2001 _ ; ello en tanto el Título II contiene normas relacionadas con regímenes especiales, pues articula el andamiaje jurídico básico del contrato de suministros (tanto de bienes como de servicios), y a la vez consagra varias modificaciones puntuales a la Ley Nacional de Obras Públicas 13064.

IV. EL "CONTRATO ADMINISTRATIVO" COMO UNA DE LAS ESPECIES DEL GÉNERO "ACTO ADMINISTRATIVO". LA SOLUCIÓN ADOPTADA EN EL DECRETO 1023/2001

Una de las enmiendas normativas de importancia es la que consagró el art. 36 _ , dec. 1023/2001, norma ésta que modificó el texto del art. 7° _ , ley 19549 (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos [ALJA, 1972-A-382], modificada por las similares 21686 _ [ALJA, 1977-B-1272] y 25344 _ [LA, 2000-D-4482]).

En su nueva redacción, este último precepto prevé que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Sector Público nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación "directa" del Título III de la ley 19549 _ en cuanto fuere pertinente.

El texto originario del ya aludido art. 7° _ contemplaba, en cambio, la aplicación meramente "analógica" de las disposiciones del Título III de la ley 19549 _ a las contrataciones del Estado nacional, en cuanto ello fuere pertinente.

Seguramente, la nueva redacción acordada a la norma contribuirá a cerrar el debate que en su momento se suscitó en el ámbito doctrinario, acerca de la posibilidad de concebir al contrato administrativo como una variante del género acto administrativo.

Algunos tratadistas sostuvieron que el concepto de acto administrativo incluye las declaraciones bilaterales de voluntad, es decir aquellas en las que confluyen la voluntad de la Administración y la de los administrados para el nacimiento del respectivo acto [\(10\)](#) .

Otros, en cambio, circunscribieron la figura del acto administrativo a las declaraciones unilaterales de los órganos estatales, por lo que excluyeron de dicha noción a los contratos administrativos [\(11\)](#) .

Por su parte, nuestro máximo Tribunal de Justicia se enroló en la tesis que le asigna al contrato administrativo la condición de especie del género acto administrativo [\(12\)](#) .

De acuerdo con lo anticipado, al modificar el art. 7° _ , ley 19549, el dec. 1023/2001 _ ha consagrado la aplicación "directa", y no meramente "analógica", de las disposiciones que conforman el régimen jurídico del acto administrativo a los contratos administrativos; ello, claro está, sin perjuicio de la primacía de las normas especiales contenidas en los cuerpos legales y reglamentarios atinentes a cada figura contractual en particular.

Desde esta perspectiva puede afirmarse que, en su nueva redacción, la norma que nos ocupa ha plasmado ahora sí claramente la asimilación de la figura del contrato administrativo a la noción de acto administrativo; en consecuencia, resulta indudable la sujeción del contrato administrativo a las disposiciones que estructuran el régimen tanto de validez como de nulidades de los actos administrativos.

Por otra parte, cabe poner de relieve que la aplicabilidad de las disposiciones del Título III de la ley 19549 _ se proyecta no sólo respecto de los contratos que celebre el Estado nacional a través de la Administración Central por medio de sus distintas jurisdicciones, sino también con relación a las contrataciones de las distintas entidades que integran el Sector Público nacional definido en el art. 8° _ , ley 24156 (Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control Público Nacional); entre estas últimas se encuentran tanto las entidades autárquicas como las que conforman el sector empresario estatal (abarcativo de distintas formas jurídicas, en tanto el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias).

Como puede apreciarse se ha ampliado el ámbito de los entes cuyas contrataciones estarán sujetas a los principios del acto administrativo, teniendo en cuenta que en su redacción originaria el art. 7° _ , ley 19549, sólo aludía a los contratos celebrados por "el Estado".

Ello no obsta a la existencia de los contratos de objeto privado (véase al respecto el art. 1° _ in fine, dec. 1023/2001), tanto en el ámbito de la Administración central como en el de la Administración descentralizada y, fundamentalmente, en el sector empresario estatal antes definido.

Empero, cabe destacar que el dispositivo bajo análisis, en cuanto proyecta las reglas del acto administrativo a los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del Sector Público nacional, importa una reafirmación de la existencia de lo que la doctrina ha caracterizado como una "zona común" en las diversas formas de la contratación estatal, a partir de la aplicación de ciertos principios jurídicos que resultan comunes tanto a los contratos administrativos en sentido estricto, como a los contratos de objeto privado que celebre la Administración [\(13\)](#) .

V. EL DECRETO 1023/2001 _ Y LOS PRINCIPIOS EN MATERIA DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL

En su art. 3° _ el dec. 1023/2001 ha consagrado en forma expresa los principios jurídicos que regirán las contrataciones administrativas, desde el inicio de las actuaciones destinadas a la selección de los contratistas hasta la finalización de la relación contractual.

En materia de selección de contratistas, y en particular con referencia a la licitación, la doctrina tradicional señaló la existencia de tres principios esenciales: concurrencia de licitadores, publicidad de la convocatoria e igualdad entre los oferentes [\(14\)](#) .

El dec. 1023/2001 alude expresamente a esos principios en los incs. b), d) y f) de su art. 3° . Dado que la norma antes aludida no contiene definiciones acerca de su proyección, resulta ineludible recurrir a la doctrina clásica en la materia para determinar el contenido de aquéllos.

Desde esa perspectiva, cabe afirmar que los procedimientos de licitación deben garantizar la posibilidad de ofertar a todo aquel que, hallándose en condiciones legales y reglamentarias, desee presentar su propuesta; ello permitirá a la Administración seleccionar al cotizante que ofrezca las condiciones más ventajosas.

A la vez, en dichos procedimientos debe asegurarse que todos los oferentes se encuentren en la misma situación y cuenten con las mismas facilidades para realizar sus ofertas sobre bases idénticas.

Por otra parte, la Administración debe hacer pública la respectiva convocatoria, a fin de permitir a los posibles licitadores que adquieran conocimiento del llamado para que la concurrencia tenga lugar.

Más recientemente, otros autores erigieron a la transparencia como un principio autónomo, que se adiciona a los anteriores, cuyo contenido se vincula con las exigencias del actuar administrativo en la disposición y uso que se da a los fondos públicos en la contratación administrativa, y que impone al Estado el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control [\(15\)](#) .

En rigor, ya en el marco de nuestra Constitución histórica de 1853 el principio de transparencia podía considerarse insito en la forma republicana de gobierno (cfr. art. 1° de dicho texto constitucional).

En la reforma de 1994 los convencionales constituyentes contemplaron expresamente que el Congreso Nacional sancionaría una ley sobre ética para el ejercicio de la función pública (cfr. art. 36 _ in fine de la nueva Carta Magna).

En cumplimiento de ese mandato fue sancionada la ley 25188 _ (LA, 1999-D-4267), la que contiene distintos preceptos destinados a garantizar la transparencia en la gestión administrativa en general, y en los procedimientos de contratación en particular (v.gr., art. 2° _ , inc. h] del citado cuerpo legal).

Es oportuno destacar que la normativa reglamentaria de las contrataciones del Estado nacional previa al dictado del dec. 1023/2001 _ ya contenía disposiciones destinadas a garantizar la transparencia de los procedimientos; a título ejemplificativo pueden citarse las disposiciones del inc. 32), aps. b) y d) de la reglamentación del art. 61 _ , Ley de Contabilidad, aprobada por el dec. 5720/1972 _ (ALJA, 1972-B-1201) y sus modificatorios -normas actualmente derogadas-; y especialmente las previsiones contenidas en los arts. 5° _ a 9° _ y 51 _ del "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional" aprobado por el dec. 436 del 30 de mayo de 2000 (LA, 2000-B-1747) -normativa esta que, a la fecha de elaboración del presente, no ha sido sustituida por no haber sido dictado aún el reglamento previsto en el art. 39 _ , dec. 1023/2001-.

En este orden de ideas corresponde destacar que en su inc. c), el art. 3° _ , dec. 1023/2001 consagra expresamente, entre los principios generales de la contratación administrativa, el de transparencia en los procedimientos.

Y en distintos artículos consagra una serie de regulaciones destinadas a asegurar la efectividad del citado principio.

En tal sentido, el decreto impone la publicidad y difusión de las actuaciones a fin de posibilitar la participación real y efectiva de la comunidad y el control social sobre las contrataciones públicas (cfr. art. 9° _); también establece que será causal de rechazo de las ofertas, o de rescisión del contrato -en caso de que éste hubiese sido celebrado- la entrega u ofrecimiento de dinero o de cualquier dádiva a fin de que los funcionarios públicos competentes hagan o dejen de hacer algo relativo a sus cometidos, en el marco de los procedimientos contractuales (cfr. art. 10 _); asimismo, contempla la revocación del procedimiento cuando se comprobare el incumplimiento de los recaudos de publicidad y difusión, o la inclusión de cláusulas de selección orientadas a favorecer a determinados interesados u oferentes (cfr. art. 18 _).

Otro de los mecanismos que consagra el dec. 1023/2001 _ , en orden a asegurar la transparencia de los procedimientos contractuales a través del control social, se encuentra contenido en su art. 19 _ , el que legitima a "toda persona que acredite fehacientemente algún interés" para tomar vista de las correspondientes actuaciones.

Este dispositivo reconoce su antecedente en la disposición contenida en el art. 62 _ del "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional" aprobado por el dec. 436/2000.

Puede apreciarse que el ya citado art. 19 _ , dec. 1023/2001 amplía los estándares tradicionales en materia de legitimación procedimental administrativa, la que en principio se encuentra acotada por las figuras del "derecho subjetivo" y el "interés legítimo" [\(16\)](#) .

La solución consagrada por el referido art. 19 nos parece valiosa, en tanto tiende a ampliar los mecanismos de control tradicionales sobre los procedimientos de contratación administrativa.

Otro principio expresamente plasmado en el régimen de contrataciones que motiva este análisis es el referido a la promoción de la competencia entre los oferentes (cfr. art. 3° _ , inc. b], dec. 1023/2001).

No basta, pues, con que la Administración asegure la concurrencia de los potenciales oferentes; además debe promover las acciones necesarias para asegurar la efectiva competencia entre aquéllos, en orden a la obtención de las mejores condiciones económico-financieras, técnicas, etc.

Este principio encuentra sustento en las previsiones del art. 42 _ del texto constitucional adoptado en 1994, el que impone a las autoridades gubernamentales la adopción de los medios conducentes para la defensa de la competencia frente a toda forma de distorsión de los mercados [\(17\)](#) .

El dec. 1023/2001 _ también ha erigido en un principio autónomo el de razonabilidad de los proyectos y eficiencia de las contrataciones administrativas, de modo que éstas satisfagan el interés público comprometido en cada caso en particular (cfr. art. 3° _ , inc. a] del citado decreto).

En esencia, el precepto consagra una aplicación concreta de las premisas básicas que rigen la función administrativa en general, la que ha sido caracterizada como la actividad que en forma concreta, inmediata y permanente, desarrollan los órganos estatales para la satisfacción del bien común [\(18\)](#) .

Por otra parte, el principio de eficiencia en la gestión de las contrataciones administrativas, en tanto ellas conllevan la aplicación de recursos públicos, encuentra correlato en las disposiciones pertinentes de la ley 24156 _ (cfr. art. 4° y concs. de ese ordenamiento legal).

En otro orden de ideas cabe destacar que el art. 8° , dec. 1023/2001 contiene un dispositivo que resulta por demás interesante; la norma prevé que cuando la complejidad o el monto de la contratación así lo justifiquen -ello a criterio de la autoridad competente- el respectivo llamado contemplará un plazo previo a la publicación de la convocatoria, dentro del cual los interesados podrán formular observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares; la reglamentación deberá regular los aspectos instrumentales de este tipo de procedimientos.

El mecanismo antes señalado se inspira en la idea según la cual los potenciales contratistas deben ser considerados como colaboradores de la Administración; desde tal perspectiva, los señalamientos que ellos efectúen respecto de los proyectos de pliegos, en el marco de un procedimiento no impugnativo -pues las observaciones no estarán dirigidas al cuestionamiento de un acto administrativo ya emitido- podrán coadyuvar a que los pliegos que finalmente apruebe la autoridad competente resulten los más adecuados, no sólo desde el punto de vista de la legalidad sino también en el plano del mérito y la conveniencia técnica.

A la vez, esa intervención de los posibles interesados les permitirá advertir a la Administración - en una etapa preliminar del procedimiento de selección contractual- acerca de las posibles distorsiones al principio de concurrencia que podrían derivar de las cláusulas que conformen el respectivo proyecto de pliego [\(19\)](#) .

Cabe destacar que la entronización de la instancia procedimental antes aludida no excluye la posibilidad de que los interesados impugnen los pliegos definitivos -una vez que éstos sean aprobados a través del correspondiente acto administrativo-; ello, por medio del sistema de reclamos y recursos consagrado por la ley 19549 y el "Reglamento de Procedimientos Administrativos (dec. 1759/1972 [ALJA, 1972-A-391], t.o. 1991 [LA, 1991-C-3002])" [\(20\)](#) .

VI. EL DECRETO 1023/2001 Y LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL

En materia de selección de los contratistas del Estado, resulta especialmente importante la referencia al principio consagrado por el art. 24 , dec. 1023/2001.

La norma estableció que la selección del cocontratante de la Administración se hará, por regla general, mediante los procedimientos de licitación o concurso públicos.

La licitación corresponderá en aquellos casos en los que el criterio de selección recaiga fundamentalmente sobre factores de orden económico, mientras que el concurso procederá en los supuestos en los que ese criterio se asiente sobre factores primordialmente no económicos, tales como la capacidad técnica, científica, artística, etc. (cfr. art. 25 , inc. a), aps. 1 y 2, dec. 1023/2001).

La inclusión de dichas disposiciones legales en el título II, capítulo I del dec. 1023/2001 no ha sido afortunada, pues el capítulo citado alude específicamente a la contratación de bienes y servicios; una primera lectura de las normas podría conducir a la conclusión de que las reglas allí establecidas en materia de selección, sólo jugarían respecto de los contratos que tengan ese objeto.

No obstante, el texto expreso del art. 24 permite concluir que los principios procedimentales en materia de selección del cocontratante se aplican respecto de la generalidad de los contratos contemplados por el art. 4° , entre los que se encuentran incluidos varios tipos contractuales cuyo objeto no consiste, estrictamente, en la provisión de bienes o servicios.

De lo antes expuesto se desprende que la regla general a tenor de la cual la selección del contratista estatal debe instrumentarse a través de los procedimientos de licitación o concurso públicos, se aplica no sólo para los contratos cuyo objeto consista en la provisión de bienes y servicios, sino respecto de la generalidad de los contratos que celebren las jurisdicciones y

entidades del Estado nacional. Como ya fue destacado, quedan fuera de dicho ámbito sólo los contratos expresamente excluidos del régimen del dec. 1023/2001 _ (cfr. arts. 4º _ y 5º _ de este último).

Puede afirmarse, en consecuencia, que el principio según el cual la selección del cocontratante debe realizarse a través de los procedimientos de licitación o concurso públicos tiene una proyección más amplia que la que resultaba del art. 55 _ de la hoy derogada Ley de Contabilidad (dec.-ley 23354/1956), norma que constituye el precedente del art. 24 _ , dec. 1023/2001.

El referido art. 55 _ establecía lo siguiente: "Toda compra o venta por cuenta de la Nación, así como todo contrato sobre locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros, se hará por regla general previa licitación pública".

En el ámbito administrativo se interpretó que la enumeración contenida en la norma tenía un carácter meramente enunciativo (21) , por lo que la regla de la licitación pública resultaba aplicable para la selección del cocontratante en cualquier tipo de contrato que celebrara el Estado.

No obstante, nuestro máximo Tribunal de Justicia sostuvo que fuera de los casos legalmente previstos, el procedimiento de licitación no sería obligatorio; por ello, concluyó que no era posible declarar la nulidad del contrato que se hubiera celebrado sin cumplir dicho recaudo, cuando éste no hubiere sido exigido por una norma expresa (22) .

Ahora bien; los términos en los que han sido concebidos los arts. 4º _ y 24 _ , dec. 1023/2001 permiten afirmar que, en el marco del régimen aprobado por ese reglamento, los procedimientos de licitación y concurso públicos constituyen la regla en materia de selección del cocontratante estatal.

El principio de selección por licitación o concurso públicos resulta operativo, entonces, respecto del conjunto de los contratos alcanzados por las disposiciones del decreto; es decir, los enunciados por su art. 4º _ , e incluso los no enunciados, salvo aquellos expresamente excluidos por el art. 5º _ .

Con relación a estos últimos, la selección del cocontratante deberá ajustarse a lo que dispongan los regímenes específicos (23) .

La solución normativa plasmada en el dec. 1023/2001 _ permite sostener que ha perdido actualidad el debate doctrinario en su momento planteado entre quienes entendían que, a falta de un texto expreso que exigiera la licitación, la regla era la libre selección del cocontratante (24) ; y quienes sostenían que la licitación o el concurso públicos constituían el procedimiento regla en la materia (25) .

Por otra parte, resulta de interés destacar que al delinear las causales de excepción que habilitarían a la Administración para la contratación directa, el art. 24 _ , inc. d), dec. 1023/2001 ha eliminado alguno de los supuestos que contemplaba la norma que constituye su antecedente: el art. 56 _ , inc. 3º), Ley de Contabilidad (v.gr., los previstos en los aps. h], j] y k] de este último precepto).

A la vez, el art. 24 _ ha reformulado los requisitos y condiciones para la procedencia de la contratación directa respecto de la mayor parte de los casos que preveía el citado art. 56 _ , inc. 3º), Ley de Contabilidad. Tales modificaciones aparecen inspiradas por la idea de restringir el uso de la vía del trato directo, acentuando el carácter excepcional de este último y por ende dotando de mayor proyección al principio general de la licitación o concurso públicos.

En ese orden de ideas, merecen destacarse las siguientes reformas:

- las contrataciones directas por bajo monto exigen, además, que se acredite la imposibilidad de aplicar otro procedimiento de selección;
- las contrataciones directas por razones de secreto se encuentran ahora sujetas a la concurrencia de razones de seguridad o defensa nacional; y la decisión respectiva se encuentra reservada, en forma indelegable, al Poder Ejecutivo nacional;
- las contrataciones directas por urgencia deben ser aprobadas por la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad involucrada;
- las contrataciones directas motivadas por el fracaso de una licitación previa, requieren la celebración de un segundo llamado, previa modificación de los pliegos;
- la ejecución de los contratos celebrados por la vía directa con fundamento en el carácter interadministrativo del vínculo tiene un límite expreso: no será factible la subcontratación, ello a fin de evitar que organismos o entidades estatales aparezcan como "pantallas" en el marco de relaciones contractuales en las que el verdadero proveedor es un particular que no ha sido seleccionado por medio de la licitación o el concurso.

VII. EL DECRETO 1023/2001 _ Y LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN

Otra de las derivaciones importantes que ha tenido el dictado del dec. 1023/2001 _ es la consagración normativa expresa de un conjunto de prerrogativas exorbitantes del derecho privado, de las que estará investida Administración en el marco de las diversas figuras contractuales alcanzadas por el nuevo régimen; cabe recordar, al respecto, que según lo dispuesto en su art. 4º _ el citado ordenamiento se proyecta sobre la generalidad de los contratos administrativos, salvo las excepciones expresamente consagradas.

La presencia de cláusulas exorbitantes expresas o implícitas, o la sujeción de la relación contractual a un régimen exorbitante, han sido, para nuestro máximo Tribunal de Justicia, notas distintivas de la existencia de un contrato administrativo [\(26\)](#) .

En tal sentido, una de las vertientes doctrinarias tradicionales sostuvo que las prerrogativas de la Administración derivan de la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común que, incluso, pueden tener carácter virtual.

Es decir que tales prerrogativas existirían de pleno derecho, y por principio, aun cuando los textos contractuales o las normas legales o reglamentarias reguladoras de la respectiva figura contractual no las consagren expresamente [\(27\)](#) .

Desde una óptica opuesta, se ha señalado la peligrosidad que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, entraña el reconocimiento de prerrogativas a la Administración, a base de cláusulas virtuales o implícitas [\(28\)](#) .

Ahora bien, cualquiera sea la perspectiva dogmática desde la que se aborde el tema, lo concreto es que ahora el texto del art. 12 _ , dec. 1023/2001 consagra en forma expresa, respecto de la generalidad de los contratos alcanzados por sus disposiciones, una serie de prerrogativas a favor de la Administración, de claro contenido exorbitante respecto del derecho común.

Si bien tales prerrogativas se hallaban contempladas en diversos ordenamientos legales y reglamentarios preexistentes, aplicables a distintas figuras contractuales, la importancia del precepto antes indicado radica en que sus efectos se proyectarán incluso hacia los contratos administrativos que la doctrina ha calificado como "atípicos", es decir los que carecen de una regulación normativa particular [\(29\)](#) .

Entre tales prerrogativas se cuentan las siguientes:

a) Interpretación de los contratos (art. 12 _ , inc. a], dec. 1023/2001).

Parte de la doctrina ha señalado que, en el marco de las relaciones contractuales iusadministrativas, cabe reconocerle a la Administración una prerrogativa de interpretación unilateral de los respectivos contratos, no a fin de que aquélla pueda decidir libremente sobre el alcance de lo pactado, sino para asegurarle la posibilidad de adoptar la decisión que provisionalmente permita la continuidad de la ejecución de la obra, servicio o provisión, sin interrupciones perjudiciales para el interés público [\(30\)](#) .

Incluso, se ha señalado que el interés público a cuya satisfacción atiende el contrato administrativo, opera a la vez como un criterio autónomo de interpretación [\(31\)](#) .

En este orden ideas, corresponde poner de relieve que el art. 12 _ , inc. a), dec. 1023/2001 le acuerda expresamente a la Administración la prerrogativa de interpretar los contratos regulados por ese ordenamiento; y la de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

b) Modificación unilateral (art. 12 _ , inc. a], dec. 1023/2001).

La doctrina especializada ha destacado que una de las características que nítidamente distingue el régimen de ejecución de los contratos administrativos, radica en la prerrogativa modificatoria que la Administración puede ejercer en forma unilateral [\(32\)](#) .

A diferencia de lo que acontece en las relaciones contractuales privadas, en las que las partes no pueden alterar unilateralmente el contenido y alcance de las respectivas obligaciones, en el marco de los contratos administrativos los organismos estatales cuentan con una prerrogativa modificatoria, la que debe ser ejercida dentro de ciertos límites de orden tanto cuantitativo como cualitativo.

El fundamento de esta potestad radica en la preeminencia del interés público comprometido en la ejecución del respectivo contrato, ya que la Administración no puede quedar indefinidamente ligada a contratos cuyas condiciones de ejecución ya no resulten adecuadas para satisfacer el interés general (por ejemplo cuando se han producido modificaciones tecnológicas, o variaciones en las demandas de la comunidad, etc.).

Claro está que esta prerrogativa no es ilimitada.

Por una parte, desde un punto de vista cualitativo, debe preservarse la finalidad del contrato, y la esencia de su objeto; las modificaciones no pueden desnaturalizar el contrato a un punto tal que éste tenga un objeto nuevo.

Además, los distintos ordenamientos legales y reglamentarios aplicables a los contratos denominados "típicos" establecieron restricciones cuantitativas para el ejercicio de la potestad que nos ocupa.

Así, por ejemplo, el régimen legal de las obras públicas vigente en el orden nacional autorizó a la Administración a imponer modificaciones de hasta un veinte por ciento, en más o en menos (cfr. arts. 30 _ y 53 _ , inc. a], ley 13064).

El mismo porcentual admitió la ley 22460 _ (LA, 1981-A-342) (Régimen de Promoción y Contratación de Servicios de Consultoría; cfr. art. 18 del citado ordenamiento).

El "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional", aprobado por dec. 436/2000 _ (art. 99, inc. a]), autorizó a la Administración a

disponer la modificación unilateral de las prestaciones, con distintos porcentuales según se trate de su incremento (hasta un veinte por ciento) o de su disminución (hasta un diez por ciento).

El art. 12 , inc. a), dec. 1023/2001 introdujo, en esta materia, modificaciones normativas que pueden considerarse relevantes.

Por lo pronto, el precepto establece que las modificaciones que disponga la Administración, que no excedan el veinte por ciento, ya sea en más o en menos, serán de cumplimiento obligatorio para el cocontratante.

Más allá de ese límite cuantitativo, el contratista no estará obligado a aceptarlas, y podrá requerir la rescisión del contrato sin culpa de las partes.

De todas formas -y aquí aparece una de las novedades importantes del nuevo régimen- se prevé la posibilidad de modificar el quantum en hasta un treinta y cinco por ciento, mediando conformidad del cocontratante.

Por sobre ese porcentaje, las modificaciones no resultarán legítimas, ni aun mediando consentimiento del particular.

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.

Más allá de las anteriores apreciaciones, lo concreto es que los límites cuantitativos resultantes del dec. 1023/2001 alcanzan a las diversas figuras contractuales comprendidas en su ámbito de aplicación.

Por ello pueden considerarse derogadas las disposiciones que regulaban esa materia con un distinto alcance (v.gr., el art. 99, inc. a), del reglamento aprobado por el dec. 436/2000 ; art. 18 , ley 22460); salvo las regulaciones que sobre el tema contiene la ley 13064 , dada la preeminencia que el propio dec. 1023/2001 -en su art. 35 - le reconoce al régimen legal de las obras públicas.

Naturalmente, el restante límite para el ejercicio de la potestas variandi radica en el mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, el que impone compensar al cocontratante las consecuencias del aumento de las prestaciones a su cargo; por ello, en los casos en que el ejercicio de la prerrogativa modificatoria se traduzca en el incremento de aquéllas, corresponderá abonarle el excedente conforme a los precios y condiciones previstos para las obligaciones originalmente comprendidas (arg. art. 99, inc. a), del reglamento aprobado por el dec. 436/2000).

Si, por el contrario, la potestad modificatoria unilateral importase la disminución de las prestaciones, corresponderá la reducción del precio en la proporción correspondiente, sin que ello le otorgue derecho al cocontratante a reclamar una compensación en concepto de lucro cesante por la parte del contrato que quedare rescindida.

Ello surge del principio expresamente consagrado por la última parte del inc. a) del art. 12 , dec. 1023/2001. Es claro que si la rescisión total del contrato no genera derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, tampoco puede originarlo la rescisión parcial; sobre el tema nos extenderemos más adelante.

c) Dirección y control (art. 12 , inc. b], dec. 1023/2001).

La doctrina tradicional ha señalado que en el marco de la contratación administrativa los órganos estatales están investidos de poderes de dirección y control, pues tienen el deber de asegurar la buena marcha de los asuntos públicos y, por consiguiente, el de verificar que la ejecución del respectivo contrato se ajuste a las normas, cláusulas de los pliegos y estipulaciones convencionales bajo las cuales se hubiere celebrado el acuerdo de voluntades [\(33\)](#).

Tal prerrogativa encuentra regulaciones cuyos alcances y modalidades resultan diversos, en función del tipo contractual y del interés público comprometido.

Allí donde el interés general resulte relevante, más intensas son las facultades que derivan de esta prerrogativa.

Así, por ejemplo, en materia de concesiones de servicios públicos, el propio constituyente ha establecido, como principio, la obligación del Estado de proveer las medidas que aseguren la calidad y eficiencia de los respectivos servicios; y ha contemplado que la legislación consagrará los marcos regulatorios de dichos servicios, incluida la creación de los respectivos organismos de control (cfr. art. 42 , CN).

En cuanto al contrato de obra pública, la normativa aplicable instituye un control permanente de la ejecución de los trabajos, el que se hace efectivo a través de las órdenes de servicio (cfr. arts. 28 y 29 , ley 13064). También el ordenamiento impone una instancia de control respecto de la obra finalizada, con carácter previo a su recepción definitiva, en cuyo marco la Administración comprueba la calidad de la obra en función de los requerimientos técnicos bajo los cuales se hubiere celebrado el respectivo contrato (cfr. arts. 40 y 41 de la ley antes citada).

En el contrato de suministros las facultades de la Administración se encuentran más atenuadas; ello en tanto, como regla general, sólo alcanzan al control del producto final (cfr. art. 88 , 90 y 91 del "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional" aprobado por dec. 436/2000).

En cambio, la prerrogativa de control de la ejecución sólo procede en el marco de este contrato en forma excepcional; por ejemplo, el reglamento antes referido la contempla en su art. 89 en relación con los bienes a manufacturar, en cuyo caso se faculta a la Administración para realizar inspecciones en fábrica.

Debe señalarse que, a tenor de la previsión general del art. 12 , inc. b), dec. 1023/2001, la prerrogativa que nos ocupa también se extiende a los contratos atípicos.

No obstante, elementales principios de razonabilidad en el ejercicio de la referida potestad estatal determinan que la Administración deba respetar, en todos los casos, la autonomía de gestión técnica y empresaria del contratista [\(34\)](#).

Resta agregar que el art. 12 , inc. e), dec. 1023/2001 contempla, en forma desagregada, la prerrogativa estatal de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes.

Se trata de potestades de control que, si bien no atañen en forma directa a las prestaciones que constituyen el objeto central del respectivo contrato, conciernen en definitiva a cuestiones que no resultan indiferentes al Poder Administrador, pues podrían tener proyección sobre el cumplimiento de prestaciones contractuales esenciales, o aun generar algún tipo de responsabilidad refleja del organismo comitente.

d) Ejecución directa (art. 12 , inc. d], dec. 1023/2001).

Otra típica prerrogativa exorbitante del derecho común, reconocida a la Administración en el marco de los contratos administrativos, es la de asumir directamente la ejecución de las respectivas prestaciones, ante el incumplimiento del cocontratante.

Se trata de una medida coercitiva que en los contratos de tracto sucesivo tendría, en principio, carácter provisional; mientras que en los contratos de prestación única podría tener carácter definitivo [\(35\)](#).

El fundamento de esta prerrogativa radica en la necesidad de preservar el principio de continuidad en la ejecución del contrato, en atención al interés público en juego. Por ello, resultará viable el ejercicio de la respectiva potestad estatal cuando medie un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del cocontratante, y resulte imprescindible asegurar el inmediato restablecimiento de las prestaciones; si no se configurase esta última circunstancia correspondería, en principio, la extinción del contrato y la selección de un nuevo cocontratante.

En virtud de su finalidad, el ejercicio de esta prerrogativa resultaría procedente en el marco de los contratos de colaboración -es decir aquellos en los que lo esencial es la prestación a cargo del particular, como colaborador de la gestión estatal-, y no en los de atribución -es decir aquellos en los que lo esencial es la prestación a cargo de la Administración, mientras que las eventuales obligaciones del contratista no son sino la contraprestación de las ventajas que obtiene del Estado- [\(36\)](#).

Si el incumplimiento de las prestaciones a cargo del cocontratante encontrase justificación (v.gr., por la concurrencia de causales de fuerza mayor), la ejecución directa de las prestaciones por parte de la Administración sería sin responsabilidad para aquél. En cambio, si el incumplimiento fuese jurídicamente imputable al contratista, la ejecución directa sería a costa de este último, pues debería afrontar las consecuencias derivadas de la inobservancia de las obligaciones contractuales a su cargo.

En el marco jurídico previo al dictado del dec. 1023/2001 [_](#), se había puesto de relieve que el acto administrativo que disponga la ejecución directa del contrato goza de ejecutoriedad, según lo dispuesto en el art. 12 [_](#), ley 19549; pero -había señalado la doctrina- por aplicación de los límites que dimanarían de esa norma, su puesta en práctica por la Administración encontraría límites cuando ello importase la realización de actos de ejecución respecto de bienes del cocontratante [\(37\)](#).

Ahora bien; el art. 12 [_](#), inc. d), dec. 1023/2001 prevé expresamente que la Administración podrá disponer de los bienes y medios del cocontratante incumplidor, a los efectos de la ejecución directa del objeto del respectivo contrato.

Es decir que la norma -que ostenta jerarquía legal, por tratarse de un reglamento "delegado"- ha conformado un nuevo escenario jurídico que permite superar los límites que normalmente encuentra la ejecutoriedad de los actos administrativos cuando se trata de la adopción de medidas que inciden sobre los bienes del particular.

En consecuencia, y en tanto no medie una descalificación jurisdiccional de la norma, la decisión de la Administración de tomar a su cargo la ejecución directa de un contrato por el incumplimiento de su cocontratante, la habilitará a disponer la utilización de los bienes que el incumplidor tenía afectados a esa finalidad.

Si bien la norma no ha incluido previsiones en tal sentido, cabe interpretar que el contratista no tendría derecho a indemnización por el uso de los bienes que haga la Administración, siempre que ésta no les ocasione daños que excedan los derivados del desgaste ordinario por el uso normal de las cosas.

e) Imposición unilateral de sanciones contractuales (art. 12 [_](#), inc. c), dec. 1023/2001).

Tradicionalmente la doctrina ha destacado que, como correlato de las prerrogativas de control de las que goza la Administración, cabe reconocerle el ejercicio de potestades sancionatorias. Ello, a fin de asegurar la efectiva ejecución de los contratos administrativos; o, eventualmente, su extinción cuando el cocontratante incurra en incumplimientos graves a sus obligaciones [\(38\)](#) .

Como principio, la imposición de sanciones debe tender al cumplimiento de las obligaciones contractuales; sólo en los casos extremos, en los que el incumplimiento del contratista adquiera características de verdadera gravedad, corresponderá la rescisión del contrato por culpa de este último.

Como expresión del régimen exorbitante del derecho común al que se encuentran sometidos los contratos administrativos, en el marco de estos últimos los órganos estatales contratantes cuentan con la prerrogativa de imponer por sí mismos, a través de actos administrativos que gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad, sanciones de diversa naturaleza.

Tales sanciones deben tener por fuente a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a cada contrato, incluyendo entre las segundas las estipulaciones de los pliegos que hubieren regido el procedimiento de selección; o, en su caso, han de surgir de los respectivos textos contractuales.

El art. 12 _ , inc. c), dec. 1023/2001 prevé, precisamente, que la Administración tendrá la prerrogativa de imponer las penalidades previstas en el régimen consagrado por dicho cuerpo de normas.

Dentro del Título II del dec. 1023/2001 _ , y como parte integrante de las normas que regulan las contrataciones de bienes y servicios, el art. 29 _ de ese ordenamiento establece que los contratistas proveedores serán pasibles de diversas penalidades y sanciones.

Las penalidades podrán consistir en:

- pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato;
- multas por mora en el cumplimiento de las obligaciones; y
- rescisión del contrato por culpa del cocontratante incumplidor.

Tales penalidades podrán ser aplicadas por el organismo administrativo que hubiere celebrado el respectivo contrato.

A la vez, y sin perjuicio de las penalidades antes mencionadas, el ya citado art. 29 _ prevé que el órgano rector del sistema de contrataciones -la Oficina Nacional de Contrataciones, repartición que actúa en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros- podrá imponer sanciones consistentes en:

- apercibimiento;
- suspensión; e
- inhabilitación.

Es decir que a las penalidades específicas que eventualmente se apliquen a los contratistas de bienes y servicios que incumplan sus obligaciones, podrán adicionárseles sanciones que, al ser impuestas por el organismo rector del sistema de contrataciones, podrán afectar la situación del respectivo proveedor frente al Estado en su conjunto (v.gr., suspensión o inhabilitación para contratar).

Respecto de las sanciones de suspensión e inhabilitación, creemos que hubiera resultado más adecuado que el propio dec. 1023/2001 , en tanto norma con rango legal (por tratarse de un "reglamento delegado"), estableciera el límite temporal para cada una de dichas penalidades; a la reglamentación debería haber quedado librada, únicamente, la conformación de la escala correspondiente, dentro del límite prefijado.

Las disposiciones del ya mencionado art. 29 , dec. 1023/2001, aplicables a las contrataciones de bienes y servicios (contrato de suministros), deben complementarse con la reglamentación específica: el reglamento aprobado por el dec. 436/2000 , en cuanto no se oponga a las normas del dec. 1023/2001 .

De las normas del citado reglamento se desprende que los adjudicatarios deben constituir una garantía de cumplimiento del contrato por un importe equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la adjudicación (cfr. art. 52 , inc. b], del reglamento antedicho).

Dicha garantía será perdida por el contratista, si el contrato quedare rescindido por la falta de entrega o prestación de los respectivos bienes o servicios (cfr. art. 97 del mismo reglamento); la pérdida de la garantía será sólo parcial, en proporción a la parte del contrato no cumplida, cuando la rescisión también fuese de carácter parcial.

El "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional" (aprobado por el dec. 436/2000) también contempla la imposición de multas.

Ello tendrá lugar cuando el contratista solicite la rehabilitación del contrato, antes del vencimiento del plazo fijado para el cumplimiento de sus obligaciones. Esta opción podrá ser ejercida por una única vez, previo pago de una multa equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato que sea objeto de rehabilitación (cfr. art. 94).

También la ley 13064 contempla la prerrogativa estatal de imponer sanciones de carácter pecuniario. El art. 35 de dicho cuerpo legal faculta al Poder Ejecutivo nacional a establecer las multas o sanciones aplicables cuando se verifiquen demoras en la terminación de los trabajos, penalidades éstas que serán graduadas en función de la importancia del atraso.

A la vez, el citado régimen legal contempla la rescisión del contrato de obra pública por causas atribuibles al cocontratante (cfr. arts. 49 y ss.).

Por su parte, el art. 16 , ley 22460 (Ley de Promoción y Contrato de Servicios de Consultoría) establece que en los pliegos de bases y condiciones que rijan los respectivos procesos de selección, deberán fijarse las sanciones -incluso pecuniarias- que podrán aplicarse a los contratistas, teniendo en cuenta la gravedad de los eventuales incumplimientos. Y en su art. 19 la ley prevé las causales que darán lugar a la rescisión contractual por causas imputables a la consultora.

Como ya fue señalado, la rescisión contractual por incumplimiento del contratista queda reservada para los supuestos de incumplimientos graves.

Desde la perspectiva técnico-jurídica [\(39\)](#) , y a la luz de lo dispuesto por el art. 21 , ley 19549, la rescisión por culpa del contratista debería ser calificada como "caducidad" del respectivo contrato; cabe recordar lo ya expuesto, en el sentido de que el régimen sustancial del acto administrativo -integrado entre otras normas por el mencionado art. 21 - es aplicable en forma directa a los contratos administrativos (cfr. art. 36 , dec. 1023/2001).

De acuerdo con el art. 21 , ley 19549, la extinción del contrato por incumplimientos del contratista exigiría, como principio, la previa constitución en mora y el otorgamiento de un plazo razonable para que aquél regularice la situación.

Tal mecánica sólo quedaría excluida allí donde una norma expresa y de carácter especial, aplicable en forma específica a un determinado tipo de contrato administrativo, previera que el mero incumplimiento determina la mora automática, y autoriza a la Administración a declarar sin más la caducidad -o rescisión- del contrato. Una excepción de esta índole es la que consagra el art. 97 _ del "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional" aprobado por el dec. 436/2000.

De no existir una solución normativa de esas características corresponderá, pues, el cumplimiento del recaudo procedimental impuesto por el art. 21 _ , ley 19549: la constitución en mora del contratista, y la intimación a fin de que restablezca el cumplimiento del contrato dentro de un término razonable.

f) Revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia (art. 18 _ , ley 19549 y art. 12 , inc. a)], del dec. 1023/2001).

Tal como fue anticipado en el último párrafo del ap. b) de este capítulo, merece una especial mención el dispositivo plasmado en el segundo párrafo del art. 12 _ , inc. a), dec. 1023/2001, en el que se regula el alcance de la indemnización a la que tendrá derecho el cocontratante de la Administración cuando ésta disponga la revocación, modificación o sustitución del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

El tratamiento de la cuestión requiere el previo análisis de si los órganos estatales cuentan con una potestad revocatoria de sus actos, fundada en razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

Al respecto, y en lo que se refiere a la revocación de los actos administrativos en general, la doctrina expresó en su momento opiniones disímiles.

Para algunos tratadistas no cabe reconocerle a la Administración una facultad revocatoria por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, pues los derechos nacidos de actos administrativos integran el concepto constitucional de la propiedad, de acuerdo con el contenido que a ese derecho le ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por lo tanto, la extinción de los derechos emergentes de actos administrativos requeriría del previo cumplimiento de los trámites constitucionales y legales relativos a la expropiación; en particular, la calificación legal de utilidad pública emanada del Congreso de la Nación.

Para esa postura, el art. 18 _ , ley 19549 -norma que faculta en términos genéricos a la Administración a disponer revocaciones de esta naturaleza- resultaría contrario al texto constitucional [\(40\)](#) .

En esa misma línea de pensamiento, y a la luz del nuevo escenario constitucional derivado de la reforma de 1994, se ha sostenido que la declaración de la existencia de motivaciones de interés público que justifiquen la revocación de contratos por oportunidad, mérito o conveniencia, está reservada al Congreso de la Nación. Y que la "delegación" al Poder Ejecutivo instrumentada a través del ya citado art. 18 _ , ley 19549, debe ser objeto de una interpretación acorde con los nuevos límites que el instituto tiene establecidos en el art. 76 _ de la Carta Magna; cabe recordar que este último veda las delegaciones genéricas o en blanco, como también las carentes de plazo cierto para su ejercicio [\(41\)](#) .

Otro sector de la doctrina sostuvo, en cambio, que entre la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y la expropiación por utilidad pública, existen "analogías", pero en modo alguno "identidad". Quienes así opinaron han señalado que el trámite expropiatorio -precedido de la calificación legal de utilidad pública-, no fue concebido por la Constitución para la extinción de derechos de índole administrativa [\(42\)](#) .

Lo cierto es que, más allá del debate doctrinario, las disposiciones del art. 18 _ , ley 19549 se encuentran vigentes y no han sido objeto de descalificación en sede jurisdiccional.

Por otra parte, si se las entendiera como el producto de una "delegación" del legislador, deberá tenerse en cuenta que las leyes 25148 _ y 25645 _ (LA, 2002-C-3371) prorrogaron en bloque la vigencia de las "delegaciones" preexistentes a la última reforma constitucional, las que en consecuencia quedaron a salvo de la caducidad contemplada en la disposición transitoria octava del texto constitucional adoptado en 1994.

De allí que, en principio, no puede desconocerse a la Administración la prerrogativa de revocar sus actos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sean ellos unilaterales o bilaterales; respecto de estos últimos cabe recordar, una vez más, lo dispuesto en el art. 7° _ in fine de la ley 19549 -texto según el art. 36 _ , dec. 1023/2001-, norma de la que se desprende que el régimen jurídico del acto administrativo -conformado, entre otros, por el art. 18 _ de la ley- es aplicable a los contratos administrativos.

Por otra parte, el art. 12 _ , inc. a), párrafo final, del dec. 1023/2001 permite sustentar la existencia de una potestad revocatoria fundada en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, específicamente referida a los contratos administrativos incluidos en el ámbito de aplicación de ese régimen.

Ahora bien, sin perjuicio del principio general antes expuesto, una situación especial es la que se genera en el caso de los contratos celebrados con inversores extranjeros, en tanto resulten aplicables los acuerdos y tratados para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones suscriptos por nuestra Nación con diversos países.

Estos instrumentos internacionales de carácter bilateral tienen jerarquía superior a la de las leyes (cfr. art. 75 _ , inc. 22, primera parte, CN).

Entre las notas comunes que exhiben estos acuerdos figura la "cláusula de tratamiento nacional y de la nación más favorecida", en virtud de la cual debe otorgarse a los inversores de los Estados signatarios un trato no menos favorable que el acordado a los inversores nacionales o a los de terceros países [\(43\)](#) .

Asimismo, estos acuerdos prevén que las inversiones comprendidas en sus respectivos ámbitos de aplicación no serán objeto, directa o indirectamente, de medidas de expropiación, nacionalización, u otras de efectos equivalentes; salvo que ellas respondan a motivos de "utilidad pública", que no impliquen un trato discriminatorio [\(44\)](#) , y que sean adoptadas según el debido procedimiento legal [\(45\)](#) .

Estos instrumentos internacionales generan nuevos interrogantes en torno de la viabilidad del ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración cuando se trata de contratos celebrados con inversores extranjeros.

En particular, cabe elucidar si la noción de "utilidad pública" que, a título excepcional, viabilizaría la extinción de esos contratos, subsume al concepto de "revocación por oportunidad, mérito y conveniencia" que contiene el art. 12 _ , inc. a), parte final, del dec. 1023/2001.

Y, en caso de que se diera respuesta positiva a ese interrogante, corresponde determinar si el requisito del "debido procedimiento legal" -previsto en varios de los tratados y acuerdos de protección recíproca de inversiones- exige el cumplimiento de los procedimientos previstos en la Constitución Nacional y en la legislación específica, para la expropiación por causas de utilidad pública.

Al respecto, un sector de la doctrina interpretó que sólo una ley fundada en causas de utilidad pública -conforme a los principios que en nuestro ordenamiento rigen el instituto expropiatorio-

permitiría la revocación, o bien el rescate -en el caso particular de las concesiones-, de los contratos administrativos [\(46\)](#) .

En sustento de esa tesis se ha invocado lo dispuesto por uno de los referidos tratados, en el sentido de que las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo "...por ley fundada en causas de utilidad pública o bien común, y deberán en tal caso ser previamente indemnizadas..." [\(47\)](#) .

Dicha previsión, sumada al principio ínsito en la cláusula de la "nación más favorecida" -la que conduce a extender el resguardo antedicho a los inversores de otros países-, lleva a sostener que la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de contratos administrativos celebrados con inversores extranjeros -en tanto sus efectos serían análogos a los de una expropiación- requeriría, en el marco de aplicación de los tratados antedichos, de una ley del Congreso; una decisión de esa índole excedería, pues, el margen de las facultades conferidas por el art. 12 _ , inc. a), dec. 1023/2001.

Otro aspecto a considerar es el referido al alcance de la indemnización debida por el Estado en los casos en que ejerza su potestad revocatoria por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; se trata de uno de los temas más debatidos por la doctrina, y que ha suscitado, incluso, soluciones jurisprudenciales divergentes.

A falta de precisiones sobre el tema en el texto expreso del art. 18 _ , ley 19549, un sector de la doctrina ha sostenido que la indemnización sólo debe compensar el daño emergente, mas no el lucro cesante.

En tal sentido, se ha dicho que la "fuerza expansiva" de los principios jurídicos que rigen el instituto expropiatorio, obliga a remitirse a lo dispuesto en el art. 10 _ , ley 21499 (ALJA, 1977-A-35), norma que excluye el pago de lucro cesante en los casos de expropiación por utilidad pública [\(48\)](#) .

En cambio, otros autores han interpretado que la revocación de contratos administrativos por oportunidad, mérito o conveniencia obliga al Estado a otorgar una reparación integral, comprensiva tanto del daño emergente como del lucro cesante.

Quienes postulan esa tesis han sostenido que la revocación por tales causas constituye un instituto distinto de la expropiación, pues no está sometida a los requisitos a los que la Constitución Nacional subordina la expropiación por utilidad pública; a la vez, han señalado que el pago de una indemnización amplia, que incluya el lucro cesante, sería la única forma de preservar el derecho de propiedad del contratista, conforme a lo previsto en el art. 17 _ , CN [\(49\)](#) .

Lo controvertido de esta cuestión también quedó reflejado a nivel de la jurisprudencia.

En el pronunciamiento dictado en el año 1984 en la causa "Sánchez Granel" [\(50\)](#) nuestro máximo Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de fijar su criterio acerca del alcance de la indemnización debida al contratista, con motivo de la rescisión de un contrato de obra pública dispuesta por la Dirección Nacional de Vialidad con fundamento en razones de oportunidad y mérito.

Concluyó el alto Tribunal que, en principio, correspondía el reconocimiento del derecho a una indemnización plena; y dejó a salvo que tal alcance de la reparación podría encontrar limitación en alguna de las siguientes razones: a) causales de fuerza mayor; b) estipulaciones del propio contrato limitativas de la responsabilidad; o c) expresas previsiones legales restrictivas de la responsabilidad.

Destacó la Corte que ninguno de tales extremos se encontraba configurado en el caso. En particular, puntualizó que la ley 13064 _ no contiene ninguna norma que excluya el pago del lucro cesante en situaciones en las que el comitente estatal revoque el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; y que la falta de precisiones en el texto del art. 18 _ , ley 19549, acerca del alcance de la indemnización a abonar, funda la concesión del lucro cesante antes que su exclusión, teniendo en cuenta que el principio jurídico que rige toda indemnización es el de la integridad.

En el mismo sentido, la Corte puso de relieve que en situaciones de esta índole no resulta aplicable por analogía la Ley de Expropiaciones, ya que el instituto expropiatorio supone una restricción constitucional del derecho de propiedad basada en una ley del Congreso declarativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapoderamiento.

En síntesis, a pesar de que en el caso la Corte morigeró el quantum de la indemnización por aplicación analógica del principio consagrado por el art. 1638 _ , CCiv. -norma que faculta a los jueces a reducir sobre bases de equidad la indemnización en concepto de lucro cesante, en los casos en que el comitente de la obra desista de su realización-, sentó como principio la procedencia del pago de un resarcimiento amplio, comprensivo tanto del daño emergente como del lucro cesante.

Ahora bien, en un pronunciamiento posterior, emitido en la causa "Motor Once" [\(51\)](#) , nuestro máximo Tribunal de Justicia consideró aplicable la regla jurídica plasmada en el art. 10 _ , ley 21499, y, por ende, consideró excluido el rubro lucro cesante de las indemnizaciones debidas en virtud de la revocación de actos por oportunidad, mérito o conveniencia.

No obstante, de los fundamentos del fallo del alto Tribunal -el que, en lo esencial, se remitió al dictamen de la procuradora fiscal de la Nación Dra. Graciela Reiriz- se desprende que la doctrina plasmada en la causa "Motor Once" _ no podría ser traspolada, sin más, a los supuestos de revocación de contratos administrativos por razones de interés público.

En efecto, para sustentar en el caso "Motor Once" _ una solución distinta de la adoptada por el máximo Tribunal en el precedente "Sánchez Granel" _ , la procuradora fiscal distinguió en forma precisa la diversidad de las situaciones jurídicas planteadas en ambos litigios.

Destacó que en el caso "Sánchez Granel" _ se trataba de la extinción de un contrato dispuesta en forma unilateral por la Administración, "...en el curso de una relación especial de origen convencional autorizada por el plexo normativo del contrato...", "...por lo que la cuestión jurídica a resolver tenía un marco legal definido -ley de obras públicas y previsiones conexas- dentro del cual debía ser construida la solución...".

En cambio, en el caso "Motor Once" _ la situación jurídica que dio lugar a la litis consistió "...en un acto imperativo, que se produce en el ámbito de una relación de supremacía general, justificado por el poder de policía de seguridad...".

Es decir que la solución adoptada en este último caso, fue dada para una situación ajena al marco de las relaciones contractuales, y que, además, carecía de un régimen normativo específico en lo atinente a la faz indemnizatoria, por lo que resultó procedente acudir a las disposiciones del régimen expropiatorio para resolver la cuestión.

De allí que una interpretación que armonice las doctrinas sustentadas por la Corte en ambos litigios conduciría al principio de integridad de la reparación en los casos de revocación de contratos administrativos por causas de interés público, y a la limitación de la indemnización, por aplicación de las pautas del art. 10 _ , ley 21499, en los supuestos de revocación de actos administrativos en la esfera extracontractual.

Ahora bien, como expresamente lo señaló la Corte en el pronunciamiento dictado en el caso "Sánchez Granel" [_](#), el principio de indemnización integral cedería ante la existencia de una norma expresa de carácter limitativo de la responsabilidad contractual del Estado.

Tal disposición de carácter legal ha quedado expresamente consagrada en el art. 12 [_](#), inc. a), dec. 1023/2001, precepto que alcanza al universo de los contratos comprendidos por ese régimen (cfr. art. 4° [_](#) del mismo).

La norma restringe el alcance de las indemnizaciones que corresponderán en los casos de revocación o sustitución de contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; en tales supuestos, el resarcimiento no comprenderá el rubro lucro cesante.

Es decir que, en el marco de las disposiciones del dec. 1023/2001 [_](#), una controversia jurídica de la índole de la que se suscitó en el caso "Sánchez Granel" [_](#) debería tener una respuesta distinta en lo que al alcance de la indemnización se refiere, haciendo aplicación del dispositivo plasmado en el art. 12 [_](#), inc. a) del citado régimen normativo.

Resta efectuar un comentario final acerca del tema precedentemente analizado, a la luz de las estipulaciones de los ya referidos tratados y convenios bilaterales sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, celebrados por la República Argentina con diversos países.

Como nota común, dichos acuerdos prevén que cuando se dispongan medidas expropiatorias, u otras de efectos similares, deberá abonarse a los inversores afectados la pertinente indemnización. Incluso, en algún caso se señala expresamente que su pago deberá ser previo [\(52\)](#), en concordancia con el principio consagrado en el art. 17 [_](#), CN; ya hemos destacado que el efecto expansivo de la cláusula de la "nación más favorecida" permitiría la invocación de esa garantía por inversores de otros países, aun cuando el tratado específicamente aplicable a estos últimos no aludiera al carácter previo del resarcimiento.

Ahora bien; la remisión de estas estipulaciones internacionales a las reglas que rigen el instituto expropiatorio, e incluso el texto expreso de los acuerdos celebrados por nuestro país, permite sostener el principio de la limitación de la responsabilidad estatal, quedando así excluido el reconocimiento del lucro cesante en los casos en que por ley fundada en el interés público se disponga la extinción de contratos administrativos celebrados con inversores extranjeros [\(53\)](#).

VIII. LA CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN, EL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO, LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS Y LA FUERZA MAYOR EN EL MARCO DEL DECRETO 1023/2001

En su art. 13 [_](#) el dec. 1023/2001 reguló algunos de los derechos y obligaciones fundamentales de los contratistas del Estado.

El dispositivo incluyó previsiones breves, de carácter general; y dejó a salvo la aplicación de los preceptos atinentes a la materia contenidos en las normas legales o reglamentarias de carácter especial que disciplinan los contratos típicos, y de las estipulaciones que contuvieron los pliegos de bases y condiciones en cada contratación en particular.

Entre las disposiciones del ya aludido art. 13 [_](#) se destacan las siguientes:

1. La cesión o la subcontratación de los contratos administrativos

El dec. 1023/2001 [_](#) consagró en forma explícita, con carácter general para el conjunto de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, la prohibición de la cesión o subcontratación, salvo autorización expresa del correspondiente organismo administrativo.

Este principio jurídico no es novedoso; la doctrina tradicional señaló, como uno de los caracteres típicos de los contratos administrativos, que éstos crean vínculos jurídicos "personales", en cuyo marco las obligaciones asumidas por los cocontratantes deben ser personalmente ejecutadas; de allí que los contratistas no puedan ceder o subcontratar sin el consentimiento de la Administración [\(54\)](#) .

Los regímenes contractuales específicos contemplaron en forma expresa dicho principio, y previeron graves sanciones para los supuestos de transgresión.

Así, el art. 101 _ del "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional" aprobado por el dec. 436/2000 estableció que los contratos regidos por ese ordenamiento no podrán ser cedidos ni transferidos por el adjudicatario, sin la conformidad previa de la Administración; a la vez determinó que la violación de tal prohibición podrá dar lugar a la rescisión contractual.

De igual forma, la ley 13064 _ contempló la posibilidad de disponer la rescisión por culpa del cocontratante, cuando éste transfiera el contrato en todo o en parte, se asocie con otros para la construcción, o subcontrate, sin previa autorización del organismo o entidad estatal comitente (cfr. art. 50 _ , inc. d], de la ley antes citada; en concordancia, art. 23).

Ahora bien, resultan importantes algunas precisiones que, en materia de cesión, consagró con alcance general el art. 13 _ , inc. b), dec. 1023/2001.

La norma estableció que el eventual otorgamiento de la autorización para la cesión del contrato estará condicionado a la previa comprobación de que el cesionario cumple con todos los requisitos que hubieren sido exigidos en la respectiva convocatoria, durante la etapa de selección.

Nos parece acertada la inclusión de tal recaudo, el que tiende a evitar la desnaturalización de los procesos de selección a través de cesiones a favor de quienes no reúnan los requisitos de idoneidad oportunamente requeridos para la adjudicación originaria.

El art. 13 _ , inc. b), dec. 1023/2001 preceptuó, además, que en los casos de cesiones autorizadas por el organismo o ente estatal comitente, el adjudicatario continuará obligado solidariamente con el cesionario, por el cumplimiento de las obligaciones emergentes del respectivo contrato.

2. El derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. La teoría de la imprevisión

Se ha señalado [\(55\)](#) que la noción de equilibrio económico-financiero de los contratos administrativos encuentra sus raíces en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, el que la formuló en el año 1910 al emitir pronunciamiento en el caso de la "Compañía General Francesa de Tranvías".

En dicha oportunidad, conforme a las conclusiones vertidas por el comisario de Gobierno León Blum, el Consejo de Estado francés sentó la tesis según la cual es de la esencia de los contratos administrativos hallar y realizar un equilibrio entre las ventajas acordadas al cocontratante, y las cargas impuestas a este último. Agregó el citado organismo que los beneficios reconocidos al contratista particular deben balancearse con las obligaciones que éste asume, pues en este tipo de vínculos jurídicos se encuentra implícita, como un cálculo, la equivalencia honrada entre lo que se le otorga al cocontratante y lo que se le exige en el marco de la relación contractual.

Poco tiempo después, al emitir en 1916 su célebre fallo en el caso de la "Compañía de Gas de Burdeos", el Consejo de Estado de Francia sentó las bases para la aplicación de la teoría de la imprevisión en el ámbito de las contrataciones administrativas; este nuevo pronunciamiento

significó un nuevo hito en el proceso jurisprudencial de construcción de una teoría del equivalente económico en tal tipo de contratos.

Precisamente, la teoría de la imprevisión constituye uno de los institutos fundamentales dentro del conjunto de instrumentos destinados a posibilitar el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos administrativos.

Se ha destacado, al respecto, que en el terreno de las relaciones contractuales iusadministrativas la aplicación de la teoría de la imprevisión está sujeta a la concurrencia de una serie de condiciones que deben ser rigurosamente apreciadas [\(56\)](#) :

- Debe configurarse una excesiva onerosidad respecto de alguna o todas las prestaciones del contrato.

- Esa excesiva onerosidad debe ser sobreviniente, es decir que el acontecimiento perturbador del equilibrio económico-financiero del contrato debe surgir y producir sus efectos después de la celebración del contrato, el que debe hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento [\(57\)](#) .

- El factor desequilibrante del contrato debe configurar un alea económica, y no un alea administrativa -en cuyo caso sería eventualmente aplicable la teoría del hecho del príncipe- [\(58\)](#) .

- El acontecimiento determinante de la alteración de la economía del contrato debe tener características extraordinarias, y no debe haber sido previsible para quien invoque esta teoría.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que en el campo de las contrataciones administrativas se les requiere tanto a los oferentes que aspiran a convertirse en cocontratantes del Estado, como al eventual adjudicatario, una diligencia especial y calificada; la magnitud de los intereses públicos en juego justifica esa exigencia. A la vez, el factor perturbador debe haber sido ajeno a la voluntad del contratista [\(59\)](#) .

- Por otra parte, quien invoque la teoría de la imprevisión no debe suspender la ejecución del contrato [\(60\)](#) .

- Debe producirse un desequilibrio determinante de un trastorno o quebranto transitorio en la ecuación económico-financiera del contrato, de características tales que exceda el alea normal.

En este último sentido, se ha establecido que la teoría de la imprevisión no está concebida para corregir los efectos de malos negocios, ni para convertir al Estado en el garante de un nivel de ganancia determinado [\(61\)](#) .

En su art. 13 [_](#) , inc. a), el dec. 1023/2001 reconoció en forma expresa a los cocontratantes del Estado el derecho a obtener la recomposición del contrato, cuando éste se viere alterado por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, que tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo.

El texto normativo da lugar a varios interrogantes, y seguramente será fuente de desencuentros interpretativos.

Al respecto, cabe destacar en primer término que la letra expresa del citado art. 13 [_](#) , inc. a), limita la posibilidad de aplicación de la teoría de la imprevisión a los supuestos en los que concurran acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de "origen natural".

En los albores de su desarrollo en el campo del derecho administrativo, esta teoría estuvo asociada a la existencia de acontecimientos perturbadores de origen no necesariamente natural.

En efecto, en el ya citado caso de la "Compañía de Gas de Burdeos", el Consejo de Estado de Francia delineó las bases para la aplicación de la teoría de la imprevisión frente un supuesto que no respondía al concepto de "causa natural": la desmesurada alza del costo del carbón -materia prima entonces utilizada para la producción de gas- con motivo de la primera conflagración mundial.

Para un importante sector de nuestra doctrina tradicional, la teoría de la imprevisión opera en los supuestos en los que se configura un alea económica, la que no necesariamente debe estar asociada a causas naturales.

Esa alea puede resultar de causas tales como: fluctuaciones del mercado que originen alzas en los precios de los productos y/o en el costo de la mano de obra, desvalorización de la moneda, restricción en los gastos o consumo por parte de los particulares, etc. Incluso, se ha señalado que la teoría encuentra aplicación en los casos en que la alteración contractual deriva de medidas de las autoridades públicas, siempre que tales medidas emanen de órganos pertenecientes a una esfera gubernamental distinta de aquella en la que se encuentre inserto el organismo o entidad que ha celebrado el contrato; así, por ejemplo, cuando un contrato administrativo celebrado por una provincia se ve afectado por medidas dictadas por el Gobierno nacional [\(62\)](#) .

En la literalidad de sus términos, el art. 13 _ , inc. a), dec. 1023/2001 no le ha dado cabida a la invocación de dichas causales en sustento de la teoría de la imprevisión, en tanto no se trataría de acontecimientos de "origen natural".

Esta restricción vacía de contenido al instituto que nos ocupa. Y seguramente, en el contexto que atraviesan la economía y las finanzas de nuestro país, la norma será probablemente impugnada si a base de ella la Administración nacional rechaza reclamos de contratistas que pretendan obtener la recomposición de contratos administrativos, con fundamento en los desequilibrios de precios producidos en el marco de la postconvertibilidad.

A los efectos comparativos, resulta de interés recordar que el art. 1198 _ , CCiv. no contiene una limitación del tipo de la que consagra el art. 13 _ , inc. a) del dec. 1023/2001, pues no restringe la aplicación de la teoría de la imprevisión a la concurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles de "origen natural" [\(63\)](#) .

La idea de limitar la aplicación de la teoría de la imprevisión a los casos en los que se produzcan distorsiones en la economía de los contratos administrativos por acontecimientos de origen exclusivamente "natural", ha quedado refutada por el dec. 1295 _ del 19 de julio de 2002, complementado por su similar 1953 _ del 2 de octubre de 2002 [\(64\)](#) .

En efecto, dicho decreto -conformado por disposiciones reglamentarias tanto de ejecución como de necesidad y urgencia, sustentadas en el art. 99 _ , incs. 2º y 3º, CN- estableció un régimen para la redeterminación de los precios correspondientes a los contratos de obra pública, atendiendo al nuevo escenario económico en cuyo contexto se han producido significativos incrementos de los precios en el rubro de la construcción.

El régimen vertebrado por el dec. 1295/2002 _ permite la redeterminación de los precios contractuales de las obras públicas regidas por la ley 13064 _ , en función de las variaciones experimentadas por los precios de los materiales y demás bienes incorporados a las obras, por el costo de la mano de obra, y la amortización de los equipos y sus reparaciones y repuestos (cfr. art. 4º del referido reglamento).

En síntesis, el dec. 1295/2002 _ (LA, 2002-C-2400) contempla la incidencia del reciente proceso inflacionario sobre la retribución de los contratistas de obras públicas, sin limitación alguna que circunscriba la recomposición de los precios a las distorsiones de origen exclusivamente "natural".

Por otra parte, también resulta cuestionable la omisión en la que incurrieron los redactores del dec. 1023/2001 _ al no regular en forma precisa e integral el conjunto de los presupuestos fácticos y jurídicos que habilitan para la invocación de la teoría de la imprevisión; máxime teniendo en cuenta que dichos requisitos ya habían encontrado una rigurosa y completa sistematización por parte de la doctrina y jurisprudencia iusadministrativas.

A pesar de la referida omisión -o quizás, más precisamente, a raíz de ella- los principios acuñados a nivel doctrinario y judicial en torno de la teoría de la imprevisión seguirán siendo aplicables en la materia que nos ocupa.

También nos parece desacertada la redacción acordada al art. 13 _ , inc. a), dec. 1023/2001, en tanto prevé que el instituto bajo análisis estará supeditado a la concurrencia de acontecimientos extraordinarios o imprevisibles.

La utilización de la conjunción disyuntiva "o" en el texto de la norma permitiría invocar la teoría de la imprevisión cuando se produzcan uno u otro tipo de sucesos. El precepto no exige que ambos recaudos -carácter extraordinario del acontecimiento, e imprevisibilidad de este último- concurren a la vez.

La norma equivalente aplicable en las contrataciones civiles (art. 1198 _ , CCiv.), exige, en cambio, la concurrencia de los dos presupuestos a la vez; debe tratarse de acontecimientos extraordinarios "e" imprevisibles.

Una aplicación del art. 13 _ , inc. a), dec. 1023/2001 apegada a la literalidad de sus términos, conduciría a la desnaturalización del instituto.

En efecto; la teoría de la imprevisión podría ser hipotéticamente invocada ante sucesos extraordinarios que encarezcan las respectivas prestaciones, aunque aquéllos no fuesen imprevisibles.

Cabe descartar, pues, esa lectura de la norma; es evidente que si un acontecimiento resulta previsible -aunque tenga características extraordinarias- será computado por el contratista al formular su oferta, por lo que en ese caso la aplicación de la teoría carecería de sentido.

En consecuencia, superando la literalidad del texto, cabe interpretar que esta figura jurídica requiere la concurrencia de ambos requisitos a la vez: el suceso distorsivo de la economía del contrato debe resultar extraordinario; y, a la vez, imprevisible.

En cambio, y en otro plano del análisis, puede considerarse positiva la regulación adoptada por la norma bajo examen en cuanto determina los efectos que aparejará la teoría de la imprevisión.

En el campo de las contrataciones civiles, la consecuencia natural del instituto es la resolución contractual, la que puede ser requerida por la parte afectada, es decir aquella cuyas prestaciones se tornen excesivamente onerosas. Incluso, y sin perjuicio de que la cuestión sea debatida, una importante corriente doctrinaria y jurisprudencial ha sostenido que el afectado no tiene una acción directa destinada a obtener el reajuste del precio contractual [\(65\)](#) . La resolución podrá ser eventualmente evitada por la contraparte, la que tendrá la posibilidad de impedir la extinción del contrato ofreciendo una mejora equitativa de las condiciones económicas.

Pero en el terreno de las relaciones iusadministrativas el principio de continuidad en la ejecución de los contratos y la necesidad de garantizar la satisfacción del interés general, justifican una solución distinta.

De allí que la jurisprudencia y la doctrina coincidieron en señalar que, a diferencia de lo que acontece en el derecho privado, este instituto no constituye una causal de extinción de los

contratos administrativos; por ello, el contratista afectado debe cumplir las prestaciones a su cargo, y en su caso requerir el reconocimiento de una compensación que mitigue las pérdidas, y le permita continuar la ejecución del contrato [\(66\)](#) .

El art. 13 [_](#) , inc. a), dec. 1023/2001 consagró normativamente ese principio, pues estableció que ante desequilibrios susceptibles de ser encuadrados en la teoría de la imprevisión el cocontratante tendrá derecho a la recomposición del respectivo contrato; y no previó que la extinción del vínculo sea la consecuencia jurídica de tal tipo de sucesos.

Resta acotar que si bien las disposiciones del dec. 1023/2001 [_](#) no dan respuesta expresa a la cuestión, puede sostenerse que la teoría de la imprevisión podría ser invocada no sólo por el contratista particular, sino también por la Administración; el tema, no obstante, ha dado lugar a posiciones doctrinarias enfrentadas [\(67\)](#) .

3. El derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. La teoría del hecho del príncipe

La doctrina coincidió en reconocer al cocontratante de la Administración el derecho a ser compensado cuando la ecuación económico-financiera del respectivo contrato se vea alterada por circunstancias que den lugar a la aplicación de la llamada "teoría del hecho del príncipe".

Esta teoría fue concebida para atender las consecuencias de los actos o medidas de orden general adoptadas por los poderes públicos, cuando tuvieren por efecto la alteración sustancial de las condiciones originariamente pactadas, generando así un "alea administrativa".

Para la aplicación de este instituto, debe tratarse de medidas de carácter general, es decir ajenas a la relación contractual en sentido estricto, pero que incidan sobre el equilibrio de las respectivas prestaciones.

Dichas medidas deben emanar de órganos gubernamentales correspondientes a la misma esfera constitucional (nacional, provincial o municipal) en la que se encuentre inserta la repartición contratante, aun cuando no se trate de la misma autoridad que hubiere celebrado el contrato. Si, en cambio, el acto o medida estatal emanara de órganos de otra esfera constitucional (v.gr., una ley provincial que incide sobre la situación jurídica de un cocontratante de la Administración nacional), la cuestión debería ser elucidada a partir de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Según lo ha señalado la doctrina [\(68\)](#) , los presupuestos habilitantes de la aplicación de la teoría del hecho del príncipe son los siguientes:

- El desequilibrio contractual debe provenir de medidas de índole general, con incidencia económica o financiera (v.gr., sanción de nuevos impuestos, o decisiones que importen nuevas cargas, etc.).
- Dichas medidas deben ocasionar una excesiva onerosidad sobreviniente, ajena al alea normal de todo contrato.
- La adopción de tales medidas debe constituir, para el cocontratante de la Administración, una circunstancia imprevisible.
- Debe existir una adecuada relación causal entre la medida estatal y la alteración de la ecuación económico-financiera del contrato.
- El desequilibrio contractual debe traducirse en la existencia de un daño cierto y especial para el cocontratante de la Administración; es decir que debe incidir sobre su esfera jurídica y

económico-financiera en forma más intensa que sobre el resto de los miembros de la comunidad, generando una situación en la que se vean afectadas la garantía constitucional de igualdad ante las cargas y el derecho de propiedad (cfr. arts. 16 _ y 17 _ de la Carta Magna).

Nuestros tratadistas, siguiendo los lineamientos de la doctrina francesa y de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, han coincidido en señalar que cuando el Estado adopta medidas susceptibles de ser encuadradas en la "teoría del hecho del príncipe", generadoras de un alea administrativa "anormal" o "extraordinaria", el contratista tendrá derecho a ser compensado por la alteración que tales decisiones estatales produzcan en la ecuación económico-financiera del contrato [\(69\)](#) .

En tal tipo de situaciones se configuraría la responsabilidad extracontractual del Estado, el que debería compensar a su cocontratante en tanto éste experimente un perjuicio "diferencial" o "especial" a raíz de las medidas estatales.

En su art. 13 _ , en el que reguló los derechos de los cocontratantes del Estado, el dec. 1023/2001 omitió el tratamiento integral de este instituto.

El inc. c) de la norma antes indicada se limita a prever que el contratista podrá justificar el incumplimiento de las prestaciones a su cargo cuando concurran circunstancias configurativas de caso fortuito o fuerza mayor, o cuando medien "...actos o incumplimientos de autoridades públicas o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato".

La expresión "actos de autoridades públicas", incluso distintas del organismo o repartición que ha celebrado el contrato, podría dar cabida a situaciones encuadrables en la "teoría del hecho del príncipe".

A ellas se les asigna un tratamiento y consecuencias similares que a los incumplimientos del Estado enmarcados en el plano de la responsabilidad contractual: el contratista particular quedará eximido de la obligación de cumplir sus prestaciones, en la medida en que la conducta estatal lo haya colocado ante la imposibilidad de satisfacerlas.

Como puede apreciarse, la norma sólo contempla los supuestos en los que los actos o incumplimientos del Estado impiden la ejecución de las obligaciones del cocontratante.

En tales casos y de acuerdo con los principios generales del derecho común, los actos de los poderes públicos producen efectos similares a los que acarrear el caso fortuito o la fuerza mayor, en tanto imposibilitan el cumplimiento de las prestaciones [\(70\)](#) .

Pero el dec. 1023/2001 _ ha omitido la regulación de las situaciones en las que los actos de carácter general de los poderes públicos ocasionan una excesiva onerosidad sobreviniente, y generan un alea administrativa extraordinaria, ajena al riesgo normal propio de todo contrato, pero sin llegar a producir una imposibilidad de cumplimiento de las respectivas prestaciones.

Dado que, como se anticipó, la "teoría del hecho del príncipe" había logrado desarrollo y sistematización a nivel de la doctrina, el dictado de un régimen general para las contrataciones administrativas como el aprobado por el dec. 1023/2001 _ constituyó la oportunidad apropiada para otorgarle a este instituto una regulación normativa expresa, abarcadora de sus distintos aspectos.

La omisión en la que se incurrió al no incluir el tratamiento de las situaciones en las que el "hecho del príncipe" produce una excesiva onerosidad sobreviniente, generando una carga especial o un sacrificio diferencial al cocontratante, constituye uno de los déficits del citado reglamento.

No obstante, y ante la ausencia de normas prohibitivas o limitativas de la responsabilidad del Estado frente a este tipo de situaciones, entendemos que nada impedirá la invocación de la teoría por parte de los contratistas, cuando se configuren los extremos arriba indicados.

Al igual que lo que acontece con la teoría de la imprevisión, el actual contexto jurídico y económico-financiero constituirá, seguramente, un escenario en el que se debatirá la incidencia que sobre las relaciones contractuales iusadministrativas han tenido distintas medidas de orden general adoptadas por el Gobierno nacional en el marco de la situación de emergencia [\(71\)](#) .

Cabe acotar que el ya referido dec. 1295/2002 _ (LA, 2002-C-3400)-complementado por su similar 1953/2002 _ (LA, 2002-D-4906)- contiene disposiciones que permiten sostener la viabilidad de la recomposición de los contratos alcanzados por dicha norma -los de obra pública regidos por la ley 13064 _ -, ante las distorsiones que experimenten los precios contractuales como consecuencia de medidas gubernamentales de carácter general, susceptibles de ser encuadradas en la "teoría del hecho del príncipe".

En efecto, el citado reglamento prevé que será reconocida la incidencia que sobre los precios contractuales tengan los aumentos de las alícuotas impositivas, aduaneras o de cargas sociales (cfr. art. 5° _ , dec. 1295/2002).

4. La "exceptio non adimpleti contractus" en el marco de las contrataciones administrativas

Una de las cuestiones que ha sido objeto de debate a nivel doctrinario es la atinente a la posibilidad de que los cocontratantes de la Administración invoquen la exceptio non adimpleti contractus ante el incumplimiento estatal.

En el marco de las relaciones contractuales bilaterales de naturaleza civil, cualquiera de las partes puede abstenerse legítimamente de cumplir sus prestaciones si la otra no las cumple simultáneamente u ofrece cumplirlas.

Se trata de una solución basada en los principios inherentes a la buena fe contractual, ya que sería inadmisibles que quien no ha satisfecho sus obligaciones exija a la contraparte la ejecución de las suyas [\(72\)](#) .

Por cierto, en el campo de la contratación civil se exige para la viabilidad de la exceptio que el incumplimiento del cocontratante resulte grave, ya que constituiría un abuso de derecho la pretensión de suspender le ejecución de obligaciones con fundamento en incumplimientos intrascendentes de la contraparte [\(73\)](#) .

En la doctrina administrativista se han postulado tanto tesis que niegan al contratista del Estado la posibilidad de invocar la exceptio non adimpleti contractus, como posturas favorables a su invocación frente al incumplimiento de la Administración [\(74\)](#) .

Incluso se han formulado tesis mixtas, que preconizan la inviabilidad de que los concesionarios o licenciatarios invoquen la exceptio, cuando se trata de contratos de concesión de servicios públicos esenciales; pero en cambio admiten que el contratista pueda interrumpir la ejecución de sus obligaciones sin incurrir en culpa, ante la falta de cumplimiento de la Administración, en los contratos "no monopólicos", como el de obra pública, el de suministros, etc. [\(75\)](#) .

Otra postura adoptada por un sector de la doctrina es la que sostiene la viabilidad de la exceptio, pero no ante cualquier incumplimiento de la Administración Pública; la conducta de ésta debería adquirir características tales que coloque al cocontratante ante una situación de "razonable imposibilidad" de cumplimiento de sus propias obligaciones [\(76\)](#) .

Para esta última posición, el contratista particular no podría invocar la exceptio ante incumplimientos de la Administración que le ocasionen meras dificultades para la ejecución de sus prestaciones.

La inobservancia del contrato por parte de la Administración debería generar consecuencias que atraviesen, pues, el umbral determinante de una situación de "razonable imposibilidad" de ejecución de las obligaciones del cocontratante. Ello acontecería, por ejemplo, cuando los retardos en los pagos a cargo del organismo o ente estatal contratante adquiriesen una magnitud tal, por la cuantía de los valores en juego, por la extensión temporal de la mora, o por la envergadura económico-financiera de la empresa contratista, que resultaran idóneos para producir una situación de la índole de la arriba indicada.

Tal posición ha sido cuestionada por otro sector de la doctrina, el que ha puesto de relieve las dificultades que apareja la determinación de cuándo se genera un caso de "razonable imposibilidad" de cumplimiento de las obligaciones del contratista [\(77\)](#) .

No obstante esas críticas, el estándar de la "razonable imposibilidad" ha sido adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y a esa pauta cabe remitirse, pues, en el estado actual de nuestra jurisprudencia [\(78\)](#) .

Ahora bien, el dec. 1023/2001 sólo contiene el principio plasmado en el ya referido art. 13 _ , inc. c); la norma exceptúa al contratista particular de la obligación de cumplir sus prestaciones, cuando la Administración incurra en incumplimientos de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato.

A nuestro criterio, la figura de la exceptio non adimpleti contractus merecía una mayor atención de parte de los redactores de la norma.

Por lo pronto, y en virtud del ámbito de aplicación del dec. 1023/2001 _ , el que abarca la generalidad de los contratos administrativos (cfr. art. 4º _ de ese cuerpo), el estándar fijado en el art. 13 _ , inc. c) parece destinado a su aplicación por igual a las diversas figuras contractuales. Es decir sin discriminación alguna entre los contratos que, como los de concesión de servicios públicos, pueden incidir sobre la atención de necesidades vitales del conjunto de la población; y otros que, como ocurre con los suministros, no poseen necesariamente la aptitud de proyectar tal tipo de consecuencias.

Téngase en cuenta, al respecto, que aun el sector de la doctrina favorable a la viabilidad de una amplia invocación de la exceptio, acepta que en los contratos de concesión o licencia de servicios públicos este instituto debe operar en forma diferente que en el campo de los restantes contratos, habida cuenta de interés general comprometido en la satisfacción de dichos servicios [\(79\)](#) .

No obstante, y como quedó expuesto, el dec. 1023/2001 _ no efectúa distinciones en este aspecto.

Por otra parte, dicho reglamento tampoco ha efectuado una modulación de la situación de imposibilidad de cumplimiento que habilitaría al cocontratante para invocar la exceptio frente a la Administración.

El art. 13 _ , inc. c), sólo alude a incumplimientos de la Administración de tal gravedad que "tornen imposible la ejecución" de las obligaciones del contratista.

La ausencia de toda calificación respecto de la situación de imposibilidad de cumplimiento, deja abierto el interrogante acerca de si el obstáculo debe ser absoluto, insalvable; o si bastaría la "razonable imposibilidad" a la que aludieron tanto un sector de la doctrina como nuestro máximo Tribunal de Justicia.

La adopción de uno u otro criterio puede tener proyecciones muy distintas, en cuanto a la aplicación del instituto que nos ocupa.

La exigencia de que el cocontratante siga ejecutando sus prestaciones hasta llegar al punto de una situación de imposibilidad absoluta e insalvable, implicaría imponerle una carga desmesurada, ajena al espíritu de las disposiciones contenidas en los arts. 16 _ y 17 _ , CN.

En efecto, se establecería para el contratista particular una carga desigual frente a las exigencias del interés público, con el menoscabo de su derecho de propiedad.

Por lo tanto, creemos que la disposición contenida en el art. 13 _ , inc. c), dec. 1023/2001 debería ser interpretada conforme al criterio sustentado por un sector de la doctrina, a su vez recepcionado en la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de Justicia: los incumplimientos de la Administración que coloquen al contratista en una situación de "razonable imposibilidad" de cumplimiento de sus obligaciones -aunque tal imposibilidad no sea absoluta- habilitarán a aquél para la invocación de la exceptio non adimpleti contractus.

5. El caso fortuito y la fuerza mayor en los contratos administrativos

El cocontratante del Estado puede liberarse de responsabilidad por el incumplimiento de las prestaciones a su cargo, cuando la ejecución de estas últimas se vea impedida por acontecimientos susceptibles de ser encuadrados en las nociones de "caso fortuito" o "fuerza mayor".

Según lo señalado por la doctrina tradicional, tales sucesos deben reunir ciertas características.

Debe tratarse de acontecimientos ajenos a la persona obligada y a la voluntad de ésta; los hechos deben ser imprevisibles, es decir que el cocontratante, al tiempo de celebrar el respectivo acuerdo, no debe haber podido avizorarlos, obrando con la diligencia calificada que razonablemente debe exigirse a quienes pretenden vincularse jurídicamente con el Estado; a la vez, los sucesos deben ser extraordinarios, anormales, inevitables e irresistibles [\(80\)](#) .

Al mismo tiempo, y como una de las notas que distinguen la figura de la fuerza mayor en el campo de las contrataciones administrativas respecto de los contratos civiles, se ha dicho que también quedaría configurado este instituto cuando un acontecimiento extraordinario provoca una alteración definitiva e irreversible del equilibrio económico-financiero del contrato, aun cuando no llegue a generar una imposibilidad absoluta respecto de la ejecución de las prestaciones.

Este último concepto de la fuerza mayor, específico del derecho administrativo, fue desarrollado por el Consejo de Estado de Francia en 1932, en oportunidad de pronunciarse sobre el caso de los "Tranvías de Cherbourg". El Consejo de Estado reservó la aplicación de la teoría de la imprevisión para los supuestos en los que el desequilibrio experimentado por el contrato fuese meramente transitorio; pero en los casos en los que las distorsiones económico-financieras fuesen definitivas, el contratista tendría derecho a requerir la rescisión del contrato -quedando asimilada tal situación a los supuestos clásicos de fuerza mayor-, aun cuando no existiere una imposibilidad absoluta para la ejecución de las prestaciones [\(81\)](#) .

El efecto que normalmente producen el caso fortuito y la fuerza mayor consiste en la justificación del incumplimiento de las obligaciones cuya ejecución se ha visto afectada por los respectivos acontecimientos.

A la vez, esa consecuencia jurídica puede proyectarse en forma definitiva, cuando la imposibilidad de cumplimiento sea insuperable, o el trastorno del equilibrio económico-financiero resulte irreversible; en tales supuestos el caso fortuito o la fuerza mayor poseen efectos resolutorios, pues conducen a la extinción del vínculo contractual.

En cambio, cuando el impedimento generado por el caso fortuito o la fuerza mayor sea meramente transitorio, los efectos serán solamente dilatorios o provisionales; la obligación de cumplimiento del contrato renacerá una vez superado el respectivo acontecimiento [\(82\)](#) .

En principio, y como quedó señalado más arriba, el cocontratante del Estado tendrá derecho a que se le justifique el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, ante el acaecimiento de sucesos encuadrables en las nociones de caso fortuito o fuerza mayor.

En tales casos, naturalmente, no se le impondrán sanciones.

No obstante, para ampararse en los efectos propios de estas figuras el contratista estatal debe cumplir con la carga de informar a la Administración, en forma oportuna, acerca de la existencia del respectivo acontecimiento.

Así, por ejemplo, el art. 95 _ del "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional" -aprobado por el dec. 436/2000- le impone a los contratistas la obligación de informar acerca del suceso, al organismo o ente estatal, dentro de los tres días de producido, o desde que cesaren sus efectos; transcurrido ese lapso, los cocontratantes del Estado perderán el derecho a invocar el caso fortuito o la fuerza mayor producidos.

A la vez, excepcionalmente, los sucesos configurativos de caso fortuito o fuerza mayor podrán generarle al contratista del Estado el derecho a ser resarcido. Tal es la solución expresamente consagrada por el art. 39 _ , ley 13064, respecto de los contratos de obra pública que se celebren en el orden nacional en el marco de esa normativa.

El propio art. 39 _ brinda una definición de lo que debe entenderse por caso fortuito o fuerza mayor: a) actos de la Administración no previstos en los pliegos de la licitación; y b) acontecimientos de origen natural, extraordinarios y de características tales que impidan al contratista la adopción de las medidas necesarias para prevenir sus efectos. En esos casos, el contratista tendrá derecho a que la Administración le compense los perjuicios experimentados.

Ahora bien, la solución plasmada en el ya referido art. 39 _ , Ley Nacional de Obras Públicas constituye un régimen de excepción, modificadorio de los principios del derecho común -en cuyo ámbito el caso fortuito y la fuerza mayor no generan derecho a indemnización, sino solamente a la justificación del incumplimiento-.

Por tal razón, el dispositivo legal mencionado debe ser objeto de una interpretación restrictiva; queda acotado a la esfera de los contratos regidos por la ley antedicha, y en la medida que concurren estrictamente los presupuestos habilitantes que prevé la norma [\(83\)](#) .

Ahora bien, en su art. 13 _ , inc. c), el dec. 1023/2001 reguló con alcance general -respecto del universo de los contratos alcanzados por sus disposiciones-, las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor.

La norma estableció que el cocontratante se verá liberado de responsabilidad por el incumplimiento de las prestaciones a su cargo, cuando concurren "caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural" (o actos de las autoridades públicas) "de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato".

Como puede apreciarse, el texto circunscribe la noción de caso fortuito y fuerza mayor a los sucesos de carácter "natural".

Esta caracterización no se corresponde con los criterios sostenidos tanto por la doctrina civilista [\(84\)](#) , como por la administrativista [\(85\)](#) .

En efecto, ambas han coincidido en señalar que el caso fortuito y la fuerza mayor pueden derivar no sólo de los fenómenos naturales, sino también de los hechos del hombre, siempre que no sean imputables a quien invoque estos institutos en su favor (v.gr., guerras, revoluciones, huelgas, paros patronales).

Por ello, creemos que también en este aspecto la regulación adoptada por el dec. 1023/2001 resulta insuficiente y defectuosa.

A fin de superar las deficiencias que exhibe el texto normativo (art. 13 , inc. c), cabría acudir a los principios generales de derecho aplicables en la materia y a las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales; en consecuencia, debería considerarse justificado el incumplimiento en el que incurra el cocontratante del Estado no sólo cuando vea impedida la ejecución de sus prestaciones por causas de origen "natural", sino también cuando ello sea fruto de acontecimientos humanos, siempre que se conjuguen los requisitos necesarios para la invocación del caso fortuito o la fuerza mayor.

IX. CONCLUSIÓN

Conforme lo hemos destacado a través del análisis que antecede, varias de las normas plasmadas en el régimen aprobado por el dec. 1023/2001 han importado un evidente progreso, en lo que atañe a la regulación de las contrataciones administrativas en el orden nacional.

En particular, nos parecen positivas las disposiciones que han reafirmado, como regla, la selección de los contratistas estatales a través de la licitación y el concurso públicos, y a la vez han plasmado los principios fundamentales a los que deberán sujetarse dichos procedimientos.

También puede considerarse adecuada la consagración de normas que, de manera explícita, contemplan las prerrogativas exorbitantes del derecho común de las que estará investida la Administración Nacional en el marco de los vínculos contractuales. Si bien la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia habían reconocido la existencia de tales prerrogativas con carácter virtual o implícito, su incorporación en forma expresa al ordenamiento contribuirá a dotar de una mayor seguridad jurídica a este tipo de relaciones.

Otros dispositivos del decreto nos merecen, en cambio, objeciones que también hemos puesto de relieve.

En particular, las críticas que hemos vertido respecto del tratamiento que el dec. 1023/2001 le asigna a varios institutos, especialmente a la teoría de la imprevisión, la teoría del hecho del príncipe, la exceptio non adimpleti contractus y el caso fortuito o fuerza mayor, nos permiten sostener que ellos exhiben una regulación inadecuada e insuficiente.

No obstante esto último, y como colofón del presente trabajo, entendemos que el régimen de contrataciones aprobado por el dec. 1023/2001 constituye un hito en la evolución de las instituciones iusadministrativas.

Esa evolución debería traducirse, en el futuro, en la sanción de una ley general de contrataciones para el Estado nacional que mejore la regulación de la materia, la que constituye uno de los capítulos más importantes del derecho administrativo.

NOTAS:

(2) MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED, 179-655 y ss.

(3) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 21 y ss.; DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, T. III, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, ps. 20 y ss.; CANASI, José, Derecho Administrativo, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1974, ps. 435 y ss.; CASSAGNE, Juan C., El Contrato Administrativo , Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 11 y ss., y 189 y ss.

(4) CSJN, 29/3/1990, "Dulcamara SA v. Entel s/cobro de pesos", espec. consid. 8º del voto del Dr. Fayt (Fallos, 313-1:376, JA, 1990-III-19 _); sentencia del 3 de marzo de 1992 en la causa "Yacimientos Petrolíferos Fiscales v. Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/cobro de australes", en especial consid. 3º (Fallos, 315-1:158 _); sentencia del 2 de marzo de 1993 en la causa "Cinplast IAPSA SA v. Entel (Empresa Nac. de Telecomunicaciones)", en particular consid. 8º y 9º (Fallos, 316-1:212; JA, 1994-IV-Síntesis _); sentencia del 10 de agosto de 1995 en la causa "SA Organización Coordinadora Argentina v. Secretaría de Inteligencia de Estado de la Presidencia de la Nación" (Fallos, 318-2:1518; JA, 1999-IV-Síntesis _).

(5) Cfr. COVIELLO, Pedro José Jorge, "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 1994, ps. 98 y ss.; y del mismo autor "El caso OCA; una aclaración conceptual de la Corte en materia de contratos administrativos", LL, 1996-E-76 y ss.

(6) Colección de Dictámenes, 198:178.

(7) Publicado en el Boletín Oficial del 16 de agosto de 2001; véase asimismo la Fe de Erratas publicada en el Boletín Oficial del 24 de agosto de 2001.

El régimen aprobado por el dec. 1023/2001 _ rige para las contrataciones que se autoricen a partir de los sesenta (60) días corridos desde su publicación (cfr. art. 37 de ese cuerpo de normas).

(8) El contrato de empleo público tiene, en el orden nacional, una regulación específica basada en las siguientes disposiciones: la ley 25164 _ (Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, LA, 1999-D-4225); su reglamentación aprobada por el dec. 1421 _ del 8 de agosto de 2002 (LA, 2002-C-1445); el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional celebrado a tenor de la ley 24185 _ (LA, 1992-C-3431) -y homologado por medio del dec. 66 _ del 29 de enero de 1999-; y el conjunto de disposiciones reglamentarias de la ley 22140 _ (LA, 1990-A-13) -Régimen Jurídico Básico de la Función Pública-, las que continúan en vigor en tanto no se opongan a la ley y al convenio antes individualizados conforme a la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes, 236:161 y 414).

(9) Con relación a la jerarquía de las normas reglamentarias "delegadas" se ha dicho que ellas, al igual que los reglamentos de necesidad y urgencia, tienen rango legislativo, pues únicamente así se pueden explicar sus efectos (PALAZZO, Eugenio Luis, "Asunción y delegación de las atribuciones del Congreso", en 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 1994, ps. 228 y ss., en especial p. 242).

(10) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. II , ps. 226 y ss.; la concepción de Marienhoff en esta materia reviste particular importancia, por constituir la fuente doctrinaria en la que se inspiró la Comisión Redactora del proyecto sancionado como ley 19549 _ , al delinear el régimen del acto administrativo (Título III de dicho cuerpo normativo). En similar sentido, CASSAGNE, J. C. (dir.), Derecho Administrativo..., cit., T. II , ps. 48 y ss.; FIORINI, Bartolomé A., Derecho Administrativo, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, ps. 596 y ss.; BARRA, Rodolfo C., Contrato de Obra Pública, T. I, Ábaco, Buenos Aires, 1984, p. 23; COMADIRA, Julio R., Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 33.

(11) ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 43; GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T. 3, Buenos Aires,

1999, "Fundación de Derecho Administrativo", capítulo III, ps. 32 y ss., y capítulo IV, ps. 28 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, T. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 163; DROMI, Julio Roberto, Derecho Administrativo, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 153.

[\(12\)](#) CSJN, 7/3/1989, "Navone Spalding Sociedad de Hecho v. Catamarca, Provincia de s/cobro de australes" (Fallos, 312:282 _); véase asimismo la doctrina que fluye del fallo del 17 de febrero de 1998 en la causa "SA Organización Coordinadora Argentina v. Secretaría de Inteligencia de Estado" (Fallos, 321-1:174 _).

[\(13\)](#) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 26.

[\(14\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 200 y ss.; DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, cit., T. III, ps. 87 y ss.

[\(15\)](#) DROMI, José Roberto Licitación Pública, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, ps. 104/105, con cita de la legislación francesa y española que recepitó el aludido principio, y de su doctrina interpretativa.

[\(16\)](#) Cfr. arts. 3º _ , 74 _ y conchs. del "Reglamento de Procedimientos Administrativos. Dec. 1759/1972 t.o. 1991" y su doctrina interpretativa, en especial HUTCHINSON, Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, Astrea, Buenos Aires, 1955, ps. 227 y ss.

[\(17\)](#) Véase lo señalado por CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 43.

[\(18\)](#) CASSAGNE, J. C. (dir.), Derecho Administrativo..., cit., T. I , p. 82.

[\(19\)](#) Un antecedente respecto de la utilización de este tipo de técnicas procedimentales podemos encontrarlo en las licitaciones públicas cuyos pliegos fueron aprobados por medio del dec. 1658 del 27 de diciembre de 1996, las que tuvieron por objeto la contratación del proyecto, la ejecución de las obras y el ulterior leasing a favor del Estado nacional de dos establecimientos penitenciarios en las localidades de Ezeiza y Marcos Paz.

[\(20\)](#) Al respecto, se ha señalado que los pliegos de cláusulas generales tienen naturaleza reglamentaria (Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 22 de diciembre de 1993 en la causa "Espacio SA v. Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos", Fallos, 316-2:3157; JA, 1996-I-Síntesis _); de allí que la impugnación de dichos pliegos debe articularse a través del denominado "reclamo impropio" que contempla el art. 24 _ , inc. a), ley 19549, o en su caso a través de las vías recursivas contra los eventuales actos particulares de aplicación, según las previsiones del Título VIII del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el dec. 1759/1972 _ -t.o. 1991 (véase DROMI, José Roberto Licitación..., cit., ps. 265 y ss.). Los pliegos de cláusulas particulares tienen, en cambio, carácter de actos de alcance particular, y como tales son impugnables a través del sistema de recursos administrativos contemplados por el aludido reglamento.

El art. 48 _ del "Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado nacional", aprobado por el dec. 436/2000, prevé que las impugnaciones que se efectúen respecto de los pliegos -entre otros actos- deberán ser encuadradas en las disposiciones de la ley 19549 _ y del "Reglamento de Procedimientos Administrativos (dec. 1759/1972 _ - t.o. 1991)".

[\(21\)](#) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes, 198:178; en igual sentido, véase DROMI, José Roberto, Licitación..., cit., p. 88.

[\(22\)](#) CSJN, 24/4/1979, recaída en la causa "Meridiano SCA v. Administración General de Puertos", Fallos, 301:292 _ ; en el mismo sentido, sentencia del 24 de noviembre de 1988,

dictada en la causa "Almacenajes del Plata SA v. Administración General de Puertos" _ , LL, 1990-A-620.

[\(23\)](#) Cabe acotar que el régimen reglamentario aplicable a uno de los contratos excluidos del dec. 1023/2001 _ , el de empleo público, ha contemplado la selección por medio de concursos para la cobertura de los cargos vacantes de la Administración Pública nacional. Tal lo que dispone el "Sistema Nacional de la Profesión Administrativa" aprobado por el dec. 993/1991 (LA, 1991-B-1681); no obstante, en las prácticas administrativas se han generalizado las medidas de excepción a dicho régimen general, a través de las cuales se procede, frecuentemente, a la designación de agentes sin la previa selección a través de concursos.

[\(24\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 171 y ss.; y "Contratos de la Administración Pública. La selección del cocontratante de la Administración", OED, 110-1009; DIEZ, Tratado de Derecho Administrativo, T. III, p. 77; véase asimismo el artículo de MAIORANO, Jorge Luis, titulado "La Corte Suprema mantiene su doctrina en materia de selección del contratista estatal", LL, 1990-A-620. Ésa fue la postura en su momento sostenida por Cassagne ("Principios del derecho administrativo en un fallo de la Corte", ED, 83-444).

[\(25\)](#) BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, T. II, ps. 198 y ss.; BEZZI, Osvaldo M., El Contrato de Obra Pública, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 38; CASSAGNE, Cuestiones de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 93 y ss., en particular p. 98; y El Contrato Administrativo, p. 42.

[\(26\)](#) La referencia a las "cláusulas exorbitantes" aparece en los pronunciamientos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Dulcamara _ " y "Cinplast _ ", ya mencionadas en la nota 3 del presente.

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 _).

[\(27\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 80 y ss.; y 348 y ss.

[\(28\)](#) MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad...", cit., ps. 655 y ss.

[\(29\)](#) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 28.

[\(30\)](#) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 35, con cita de la opinión de FERNÁNDEZ, Tomás R. - GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Curso..., cit., T. I, ps. 505 y ss.

[\(31\)](#) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., ps. 34 y 35.

[\(32\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 396 y ss.; CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., ps. 66 y ss.

[\(33\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 393 y ss.; DIEZ, Tratado de Derecho Administrativo, T. III, ps. 49 y ss.

[\(34\)](#) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 69.

[\(35\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 418 y ss.

[\(36\)](#) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 70.

(37) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 70.

(38) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 410 y ss.

(39) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 403 y ss.

(40) GORDILLO, Agustín, Tratado..., cit., T. III, Macchi, Buenos Aires, 1977, cap. VI, ps. 34 y ss.; del mismo autor Tratado de Derecho Administrativo, T. 3 -El Acto Administrativo-, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, 2000, cap. VI, ps. 30 y ss.

(41) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., ps. 96 y 97.

(42) MARIENHOFF, Miguel S., "Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Órgano estatal competente para disponer y llevar a efecto tal revocación. Lo atinente a la indemnización", LL, 1980-B-817 y ss.

(43) V.gr., art. 3º del acuerdo suscripto el 22 de mayo de 1990 con la República Italiana, aprobado por ley 24122 _ (LA, 1992-C-3172); art. 4º del acuerdo suscripto el 3 de julio de 1991 con la República Francesa, aprobado por ley 24100 _ (LA, 1992-B-1781); artículo IV del acuerdo suscripto con el Reino de España el 3 de octubre de 1991, aprobado por ley 24118 _ (LA, 1992-C-3152); artículo II del tratado suscripto con los Estados Unidos de América el 14 de noviembre de 1991, aprobado por ley 24124 _ (LA, 1992-C-3183); art. 3º del tratado suscripto con la República de Chile el 2 de agosto de 1991, aprobado por ley 24342 _ (LA, 1994-B-1772); art. 3º del convenio suscripto con el Reino de los Países Bajos el 20 de octubre de 1992, aprobado por ley 24352 _ (LA, 1994-B-1787).

(44) V.gr., art. 5º, inc. b), del acuerdo con la República Italiana; art. 5º, inc. 2º, del acuerdo con la República Francesa; artículo V del acuerdo con el Reino de España; artículo IV, inc. 1º, del tratado con los Estados Unidos de América; art. 4º, inc. 2º, del tratado con la República de Chile; art. 7º del convenio con el Reino de los Países Bajos.

(45) V.gr., art. 5º, inc. b), del acuerdo con la República Italiana; artículo V del acuerdo con el Reino de España; artículo IV, inc. 1º, del tratado con los Estados Unidos de América; art. 7º, inc. a), del convenio con el Reino de los Países Bajos.

(46) CASSAGNE, J. C. (dir.), Derecho Administrativo..., cit., T. II , ps. 273 y ss., con cita de la opinión coincidente de Gordillo.

(47) Cfr. art. 4º, inc. 2º, del tratado celebrado con la República de Chile.

(48) MARIENHOFF, Miguel S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED, 144-949 y ss.; y LL, 1991-C-1080 y ss.; DE ESTRADA, Juan Ramón, "Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales", ED, 102-839 y ss.; COMADIRA, Julio R., Derecho Administrativo, cit., ps. 415 y ss.

(49) BARRA, Rodolfo Carlos, "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED, 122-859 y ss.; CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., ps. 97 y 98.

(50) CSJN, 20/9/1984, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SA v. Dirección Nacional de Vialidad", Fallos, 306-2:1409; JA, 1986-II-42 _ .

(51) CSJN, 9/5/1989, "Motor Once SA v. Municipalidad de Buenos Aires", Fallos, 312-1:649; JA, 1989-III-190 _ .

(52) Cfr. art. 4º, inc. 2º, del tratado celebrado con la República de Chile.

(53) En general, los acuerdos bilaterales sobre protección recíproca de inversiones aluden al pago de resarcimientos que contemplen el valor de las inversiones realizadas, pero sin referencias al concepto de lucro cesante; v.gr., art. 4º, inc. 2º, del tratado suscripto con la República de Chile; artículo IV, inc. 1º, del tratado suscripto con los Estados Unidos de América; art. 5º, inc. 1º, ap. c), del acuerdo suscripto con la República Italiana; art. 5º, inc. 2º, del acuerdo suscripto con la República Francesa; art. 7º, inc. c), del convenio suscripto con el Reino de los Países Bajos.

(54) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 315 y ss.

(55) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 469 y ss.; CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., ps. 74 y ss.

(56) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 82.

(57) CSJN, 20/4/1993, "Tecnobra SA v. Comisión Nacional de Energía Atómica", Fallos, 316-1:730 (JA, 1994-IV-Síntesis _); 24/9/1996, "Calderas Salcor Caren SA v. Comisión Nacional de Energía Atómica y otra", Fallos, 319-2:2040; JA, 1997-III-142 _.

(58) CSJN, 27/8/1996, "J. J. Chediak SA v. Estado nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/nulidad de resolución", Fallos, 319-2:1683; JA, 1999-III-Síntesis _.

(59) CSJN, "J. J. Chediak SA v. Estado nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/nulidad de resolución" _ , cit.

(60) SCJBA, 17/3/1981, "Venturino Hnos. SA y otra v. Municipalidad de Quilmes" _; 30/11/1993 en la causa B. 51.120, "Laboratorios Armstrong SACIyF v. Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo). Demanda contencioso-administrativa" _.

(61) CNACAF Capital Federal, sala I, 23/1/1995, "Sideco Americana SA y otro v. Comisión Nacional de Energía Atómica" _ , JA, 1998-IV-Síntesis.

(62) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 501 y ss.; en concordancia, SCJBA, "Venturino Hnos. SA y otra v. Municipalidad de Quilmes" _ , cit.

(63) BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A., Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, T. 5, Astrea, Buenos Aires, 1994, ps. 926 y ss.

(64) Publicados el 22 de julio y el 3 de octubre de 2002, respectivamente.

(65) BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A., Código Civil..., cit., T. 5, ps. 937 y ss.

(66) SCJBA, "Venturino Hnos. SA y otra v. Municipalidad de Quilmes" _; "Laboratorios Armstrong SACIyF v. Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo). Demanda contencioso-administrativa" _ . En igual sentido, MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 539 y ss.; CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 83.

(67) A favor de la posibilidad de que la Administración invoque la teoría de la imprevisión, CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 83. En contra, MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 533 y ss.

(68) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 81.

(69) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 481 y ss.

[\(70\)](#) BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A., Código Civil..., cit., T. 2, ps. 668 y 669.

[\(71\)](#) V.gr., ley 25561 _ (publicada en el BO, 7/1/2002; LA, 2002-A-44); en especial sus arts. 8° y ss. Asimismo, el dec. 214 _ del 3 de febrero de 2002 (publicado el 4 de febrero de 2002, LA, 2002-A-86) y demás reglamentos delegados, de necesidad y urgencia, y de ejecución, dictados por el Poder Ejecutivo nacional a partir de la sanción de la ley antes citada, relacionados con la situación de emergencia económico-financiera de la Nación.

[\(72\)](#) Cfr. art. 1201 _ , CCiv.. BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A., Código Civil..., cit., T. 5, ps. 948 y ss.

[\(73\)](#) BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A., Código Civil..., cit., T. 5, p. 952.

[\(74\)](#) Véase la reseña efectuada por MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 376 y ss.

[\(75\)](#) GORDILLO, Agustín, Tratado..., cit., T. 1, cap. XI, ps. 42, 43 y 47.

[\(76\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , p. 385; DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, cit., T. III, ps. 178 y 179.

[\(77\)](#) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 71.

[\(78\)](#) CSJN, 2/3/1993, "Cinplast IAPSA SA v. Entel (Empresa Nac. de Telecomunicaciones)", Fallos, 316-1:212; JA, 1994-IV-Síntesis _ .

[\(79\)](#) CASSAGNE, Juan C., El Contrato... , cit., p. 35.

[\(80\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , p. 356; DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, cit., T. III, p. 172.

[\(81\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 359 Y 360; DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, cit., T. III, ps. 174 y 175.

[\(82\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 367 y 368.

[\(83\)](#) CSJN, "J. J. Chediak SA v. Estado nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/nulidad de resolución" _ .

[\(84\)](#) BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo A., Código Civil..., cit., T. 2, ps. 665 y ss.

[\(85\)](#) MARIENHOFF, M. S., Tratado..., cit., T. III-A , ps. 364 y ss.; DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, cit., T. III, ps. 177 y 178.

LAS RECIENTES MODIFICACIONES AL DECRETO 1023/2001 (RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL)

Género: Doctrina

Autor: Ortiz de Zárate, Mariana - Diez, Horacio P.

Fuente: RDA 2003-475

- I -

Mientras se hallaba en proceso de edición nuestro artículo referido al régimen de las contrataciones administrativas vertebrado por el decreto 1023/2001 _ (LA 2001-C-3240), el Poder Ejecutivo nacional emitió los decretos 2508 _ del 5/12/2002 (LA 2002-D-4962) y 666 _ del 20/3/2003 (LA 2003-B, fasc. 1, p. 16) [\(1\)](#) ; a través de ellos introdujo modificaciones a aquel cuerpo de normas, las que se suman a la establecida en el art. 19 _ , ley 25563 [\(2\)](#) .

Los decretos 2508/2002 _ y 666/2003 _ fueron dictados como reglamentos de necesidad y urgencia, en el marco del art. 99 _ , inc. 3º, CN.

Cabe recordar que el decreto 1023/2001 _ fue emitido en virtud de la delegación de facultades legislativas en su momento instrumentada por medio de la ley 25414 _ (LA 2001-B-1482), por lo cual se trata de un reglamento dotado de jerarquía legal. Su modificación requería, pues, el dictado de normas del mismo rango.

Como acontece frecuentemente con los reglamentos de necesidad y urgencia, en el caso de los decretos 2508/2002 _ y 666/2003 _ resulta difícil advertir la existencia de uno de los presupuestos que condicionan la constitucionalidad de este tipo de medidas: la concurrencia de circunstancias excepcionales, que impidan aguardar el trámite previsto para la sanción de las leyes [\(3\)](#) .

- II -

El decreto 2508/2002 _ estableció un régimen destinado a posibilitar la contratación preferencial de las universidades nacionales, por la vía del trato directo; ello, a fin de obtener de dichas instituciones la prestación de servicios de consultoría.

De acuerdo con el decreto, la contratación directa de las universidades quedaría encuadrada en dos de las causales habilitantes de ese procedimiento de selección: la especialidad del co-contratante y el carácter interadministrativo de la contratación.

Cabe destacar que en los considerandos del decreto 508/2002 _ se señala que la situación de crisis del sector público obliga a adoptar medidas tendientes a dotar de mayor eficiencia al funcionamiento de la Administración, a través del empleo de todos los recursos disponibles; entre ellos, los que poseen las universidades nacionales, las que cuentan con calificación suficiente para la prestación de servicios de consultoría.

- III -

Por su parte, el decreto 666/2003 _ instrumentó reformas de diversa índole al texto del decreto 1023/2001 _ . Algunas, destinadas a perfeccionar la redacción de este último desde el punto de vista técnico-jurídico; otras, orientadas a introducir modificaciones puntuales, pero de índole sustantiva, en la regulación de las contrataciones públicas.

1. Entre las diversas modificaciones introducidas por el decreto 666/2003 _ al Régimen de Contrataciones de la Administración nacional, merecen destacarse las que han tenido por objeto:

- reafirmar el carácter obligatorio de la utilización de dicho régimen por las jurisdicciones y entidades incluidas en su ámbito de aplicación (art. 2º _ , decreto 1023/2001);

- aclarar que la aplicación de dicho reglamento a los contratos con Estados extranjeros u organismos internacionales dependerá de que así se lo establezca de común acuerdo (art. 5º _ , inc. c], decreto 1023/2001);

- compatibilizar las disposiciones sobre programación de las contrataciones con las normas de la ley 24156 _ (LA 1992-C-3353); y evitar que dentro de una misma jurisdicción o entidad se desdoblen las contrataciones entre distintas unidades ejecutoras, con lo cual se verían burlados los montos máximos fijados para la utilización de los procedimientos de selección (art. 6º _ , decreto 1023/2001);

- establecer que las aperturas de las ofertas se harán en actos públicos, en salvaguarda del principio de transparencia (art. 9º _ , decreto 1023/2001);

- aclarar que la utilización del trato directo cuando una licitación resulte desierta o fracasada procederá también en el caso de los concursos (art. 25 _ , inc. d], ap. 4], decreto 1023/2001);

- reemplazar el concepto de licitación o concurso abreviados por el de licitación o concurso privados, este último utilizado en anteriores regímenes y en el Reglamento aprobado por el decreto 436/2000 _ (especialmente art. 25 _ , inc. c], decreto 1023/2001);

- reafirmar la aplicación del nuevo ordenamiento en todo el ámbito de los contratos por él alcanzados, salvo la excepción referida a la ley 13064 _ (ALJA 1853-958-1-378) cuyas disposiciones se mantienen en vigencia en plenitud (art. 38 _ , decreto 1023/2001).

Creemos que, efectivamente, las disposiciones reseñadas mejoran la regulación técnico-jurídica plasmada en el decreto 1023/2001 _ .

2. Desde el punto de vista técnico también nos parece positiva la conformación de un nuevo capítulo dentro del Título I del decreto 1023/2001 _ -es decir en el bloque de las disposiciones generales-, con sus arts. 23 _ a 28 _ (conf. art. 11 _ , decreto 666/2003).

Como lo habíamos señalado en nuestro análisis del texto originario del decreto 1023/2001, sus arts. 23 _ y ss. consagraban normas cuyo ámbito de aplicación excedía la figura del contrato de suministros, pues se proyectaban al conjunto de los contratos regidos por ese cuerpo.

En ese aspecto, pues, se ha mejorado la redacción del decreto 1023/2001 _ .

No obstante, cabe plantear el interrogante de si las previsiones del art. 29 _ , inc. a) (referidas a las "Penalizaciones") deben permanecer acotadas al ámbito de la contratación de bienes y servicios; o si, por el contrario, debieron quedar integradas al cuerpo de normas generales, complementando al art. 12 _ , inc. d), que consagra la prerrogativa de la Administración de imponer penalidades a los oferentes y cocontratantes en el marco de los contratos alcanzados por el decreto 1023/2001 _ .

3. En nuestro análisis del texto originario del art. 12 _ , inc. a), decreto 1023/2001 criticamos la amplitud de la facultad conferida para la modificación del quantum de los contratos de la Administración.

La norma contemplaba la prerrogativa de modificación unilateral por parte de la Administración, hasta un veinte por ciento (20%) del monto total del contrato; y a la vez posibilitaba la ampliación de dicho monto hasta un treinta y cinco por ciento (35%), con la conformidad del cocontratante.

En tales términos quedaba autorizada la concertación de modificaciones de una envergadura tal que la esencia misma del contrato podría verse desnaturalizada.

En su nueva redacción el art. 12 _ , inc. b), decreto 1023/2001 limita la mutabilidad del contrato -a través de la prerrogativa de modificación unilateral por parte de la Administración- al veinte por ciento (20%) en más o en menos. A la vez, la norma prevé que las modificaciones que se dispongan dentro de ese margen, deberán ajustarse a las condiciones y precios pactados.

La enmienda antes indicada nos parece adecuada, en tanto salvaguarda el principio de transparencia que debe regir las contrataciones públicas.

Asimismo, el decreto 666/2003 _ incorporó el inc. g) al art. 12 _ , decreto 1023/2001. Allí quedó prevista la facultad de la Administración de disponer la prórroga de los contratos de suministros de tracto sucesivo o de prestación de servicios; ello, con sujeción a ciertos límites de orden temporal, y en tanto estuviere previsto en el pliego de bases y condiciones.

Estas últimas restricciones resultan razonables, pues tienden a evitar la desnaturalización del contrato durante su ejecución.

En cambio, no nos parece funcional la limitación que establece la norma en cuanto supedita la prórroga a la condición de que no se hubiere aumentado o disminuido el monto del contrato. Esta disposición viene a modificar el principio consagrado por el art. 99, inc. c), reglamento aprobado por el decreto 436/2000 _ , norma esta que posibilita la prórroga incluso cuando la Administración hubiere ejercido la potestad de modificación del quantum del respectivo contrato.

4. En la nueva versión del art. 25 _ , inc. d), ap. 4), decreto 1023/2001, quedó eliminada la previsión según la cual la contratación directa ulterior a dos licitaciones desiertas o fracasadas debe sujetarse a las bases contenidas en el pliego del segundo llamado.

Esta modificación no encuentra fundamento en los considerandos del decreto 666/2003 _ , en que sólo aluden a la pertinencia de extender tal dispositivo a los concursos.

Creemos que dicha supresión no ha sido afortunada. Las contrataciones directas ulteriores a una licitación desierta o fracasada deben ajustarse a las bases y condiciones del llamado precedente; ello en preservación del principio de transparencia, y a fin de evitar que a través de la ulterior alteración de las bases se configuren burlas al sistema de selección a través de la licitación o el concurso (4) .

Si bien el nuevo texto no autoriza eventuales modificaciones de las bases del llamado al tiempo de la contratación directa, la eliminación del precepto prohibitivo puede dar lugar a prácticas que distorsionen el principio antes aludido.

5. En la nueva redacción del art. 25 _ , inc. d), decreto 1023/2001 quedó suprimida la figura de la contratación directa entre reparticiones públicas.

Los fundamentos del decreto 666/2003 _ no brindan -a nuestro criterio- un justificativo suficiente para tal modificación.

Los considerandos del decreto aluden a la necesidad de evitar la perpetuación de monopolios estatales ineficientes y costosos, y de preservar el principio de transparencia en las contrataciones administrativas.

Es llamativo el abrupto giro que esta disposición traduce respecto de la política legislativa plasmada en el decreto 2508/2002 _ -dictado con pocos meses de antelación-. Como ya fue expresado, los considerandos de dicho decreto aluden a la necesidad de utilizar todos los recursos de la Administración, en aras de una mayor eficiencia en la gestión.

Además, si es que existen reparticiones estatales que prestan servicios monopólicos e ineficientes, tal estado de cosas debería ser revertido desde sus causas -y no desde sus efectos-, a través de la reforma de la normativa y la reestructuración de los respectivos organismos -a los cuales, por su parte, no se identifica en la parte expositiva del decreto 666/2003 _ -.

6. En el texto reformado, el art. 26 _ , inc. a), ap. 2), decreto 1023/2001 ya no contiene la previsión según la cual en las licitaciones de etapa múltiple, los distintos sobres debían ser presentados simultáneamente.

Los considerandos del decreto 666/2003 _ señalan, como fundamento de la enmienda introducida, que "en algunos casos" podría verse comprometida la transparencia en el proceso de selección, de mantenerse el precepto en su versión originaria.

Creemos necesario advertir, al respecto, que en las licitaciones o concursos de etapa múltiple las preselecciones pueden dejar en condiciones de acceder a la instancia de presentación de la oferta económica a un solo cotizante; en un escenario caracterizado por la ausencia de competidores existirá el riesgo de que la propuesta económica de ese oferente no sea tan conveniente para la Administración como la que se obtendría con su presentación simultánea con los restantes sobres, en un contexto de competencia todavía no acotado por las preselecciones sucesivas.

- IV -

En el balance final de las reformas introducidas por los decretos 2508/2002 _ y 666/2003 _ a su similar 1023/2001 _ , no puede soslayarse que se ha omitido mejorar la deficiente regulación que en este último tuvieron institutos tales como la teoría de la imprevisión, la teoría del hecho del príncipe, o las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor. Cabe aguardar, pues, que esos aspectos sean objeto de un nuevo tratamiento en una futura ley de contrataciones para la Administración nacional.

NOTAS:

(1) BO, 6/12/2002 y del 25/3/2003.

(2) BO, 15/2/2002; esta norma legal derogó el inc. c) del art. 28 _ , dec. 1023/2001, que impedía contratar con fallidos o concursados mientras no sean rehabilitados.

(3) En su sentencia del 19/8/1999, dictada en la causa "Verrocchi", la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó una clara doctrina en el sentido de que el ejercicio de facultades legislativas por parte del PEN se encuentra sujeto a condiciones de rigurosa excepcionalidad, pues el art. 99 , inc. 3º, del nuevo texto constitucional "constituye una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989".

(4) DROMI, Roberto, Licitación pública, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, ps. 156 a 158.

