

LAS FACULTADES SANCIONATORIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

GUIDO JULIÁN DUBINSKI

I. INTRODUCCIÓN

Las facultades sancionatorias de la Administración Pública durante la ejecución contractual se fundamentan en las amplias prerrogativas de poder público que aquella ostenta de acuerdo a las facultades exorbitantes inherentes al Derecho Público administrativo.

De tal modo, dichas prerrogativas, llevan ínsitas en su génesis, amplias facultades para ejercer aquel poder sancionador al cocontratante incumplidor de sus obligaciones, en el marco del acuerdo de voluntades correspondiente.

Sin embargo, estas potestades de imponer sanciones deben estar cimentadas (y por ende fundamentadas) en las distintas normas que componen el bloque de legalidad que rigen los procedimientos de selección del contratista estatal.

Es decir que, en definitiva, el marco contractual –constituido por los Pliegos de Bases y Condiciones Generales, Particulares, Reglamento de Contrataciones, Pliego Único y demás normas reglamentarias, además, obviamente de la Contrata– facultará a la Administración Pública comitente a imponer sanciones en caso de verificarse incumplimientos culpables a sus obligaciones ¹.

Cabe indicar, además, que estas facultades no podrían avasallar derechos constitucionales, tales como el de propiedad (art. 17 CN) y el de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN).

Asimismo, tampoco podría violarse el debido proceso adjetivo, debiéndose otorgar a la contraparte sancionada, la posibilidad de ofrecer un descargo

¹ La jurisprudencia ha destacado que las multas contractuales, si bien tienen carácter sancionatorio, no se vinculan con las potestades disciplinarias de la Administración ni, menos, con sus prerrogativas derivadas del llamado “poder de policía”. Ver CN CAF, Sala II, “R. Rosato y Cía. c/ Entel, Régimen de la Administración Pública”, 18-84.

previo a la aplicación de la sanción y eventualmente, recurrir el acto sancionatorio; excepción de este principio, lo constituiría la verificación de una falta objetiva como la mora en el fiel cumplimiento de la obligación que no requiere de una comprobación fáctica al respecto, aun cuando luego pudiera articularse un remedio procedimental.

Es decir, en este último caso, el contratista podría hipotéticamente plantear una causal de exención de responsabilidad, tal como caso fortuito o fuerza mayor, o bien, una excesiva onerosidad sobrevenida que dé lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión², pero tales planteos deben ser anteriores a que se verifique el incumplimiento, pues, resulta obvio, que este constituye una consecuencia directa de la citada causal exonerativa de responsabilidad.

Continuando con la cuestión central, no puede soslayarse la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, en cuanto tiene dicho que la inexistencia de norma previa que establezca una sanción disciplinaria específica resultaría violatoria del principio de legalidad de las penas consagrado en el art. 18 de la CN³.

En efecto, la aplicación de sanciones de carácter represivas y económicas por parte de un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y dentro del marco de un contrato, tiene su correlato en la correspondiente garantía para el administrado para recurrir y cuestionar la sanción aplicada, primero en la vía administrativa y mediante la articulación de recursos, y luego mediante la impugnación judicial ante el rechazo expreso o tácito de los citados recursos.

La doctrina definió a la facultad sancionatoria como “el poder de la Administración contratante de reprimir el incumplimiento de las obligaciones del cocontratante, pronunciando unilateralmente sanciones contra el mismo. Este poder, que contrasta profundamente con el régimen jurídico de los contratos civiles, es absolutamente general en los contratos administrativos”. Así también, se han expresado la doctrina y jurisprudencia francesa⁴.

Para otra doctrina, sin embargo, la determinación y monto de las multas no tiene vinculación alguna con el perjuicio experimentado por la Administración, pues consideran que su finalidad no es resarcitoria sino compulsiva

² Ver al respecto, GUIDO DUBINSKI, “La teoría de la Imprevisión en los Contratos Administrativos. Variaciones de Costos”, LL 5/10/2006, 1 LL 2006-E, 1393.

³ PTN, Dictámenes 221:102.

⁴ Conf. ANDRÉ DE LAUDABERE, citado en Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo –Universidad Nacional de Cuyo– Universidad de Mendoza, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1980.

para lograr del cocontratante el mejor y más eficiente cumplimiento de las prestaciones a su cargo⁵.

II. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS

En cuanto a la oportunidad en que las sanciones deben ser cuestionadas, la Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal, estableció que la impugnación de los actos administrativos prevista en los incisos a y b del art. 23 de la ley 19.549, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido por su art. 25⁶.

Es dable destacar que el citado plenario no siguió los lineamientos que la Corte estableciera en Fallos 307:2216⁷, en donde dijo que los actos administrativos, aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquel, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, ajenas, por ende, al marco contemplado en los arts. 23 y 24, ley 19.549, y al sistema de impugnación del art. 25.

Finalmente, la Corte zanjó la cuestión en Fallos 318:441⁸, afirmando que resulta indudable la aplicación del art. 25 de la ley 19.549 a los pleitos relativos a las relaciones jurídicas originadas en contratos celebrados por la Administración (conf. cons. 6); aún cuando alguna doctrina le asigne una interpretación diversa, lo cierto es que el cocontratante deberá seguir la doctrina plenaria de “Petracca”, y recurrir en sede administrativa los actos sancionatorios –pues sino, estos adquirirían firmeza–, y luego impugnarlos judicialmente.

En tal sentido, la aplicación de una sanción económica o represiva, requiere como expresión y exteriorización de la voluntad administrativa el dictado de un acto administrativo con todas las formalidades que prescribe el art. 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Dicho acto debe, indefectiblemente, ser notificado al sancionado, quien podrá ejercer las defensas que considere contra tales sanciones, recurriendo mediante los medios legales a su alcance, la validez del accionar estatal.

⁵ Conf. MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, *Teoría General del Contrato Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 416 y ss.

⁶ Fallo Plenario “Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/ Estado nacional (Ente Autárquico Mundial 78 s/ cobro de pesos 24/4/86)”.

⁷ CSJN, Mevopal, 1985.

⁸ CSJN, Gypobras, 1995.

De tal modo, el contratista, deberá agotar la vía administrativa para poder acudir luego –en caso de rechazo expreso o tácito de su recurso– al órgano judicial.

Tanto las prerrogativas estatales como así también las garantías en cabeza de los cocontratantes se fundan en las normas legales que rigen el curso del contrato.

III. LAS SANCIONES CONTRACTUALES EN EL RÉGIMEN NACIONAL DE CONTRATACIONES

En el régimen de Contrataciones Nacional, los contratos de bienes y servicios se perfeccionan al momento de recibir, el entonces adjudicatario, la orden de compra respectiva, sin perjuicio de poder consignarse en los pliegos, que aquel perfeccionamiento se producirá con la firma del documento contractual respectivo⁹.

Sin embargo, la práctica contractual revela que la notificación de la orden de compra es el método habitual utilizado en las distintas reparticiones públicas.

Asimismo, el art. 12 inc. *d*) del decr. delegado 1023/2001, en su primera parte prevé que “(1)ª autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá (...) *c*) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando estos incumplieren sus obligaciones”.

La norma en cita ciñe de manera concreta el bloque de legalidad que estatuye y cimenta las potestades sancionatorias. Se deduce de lo expuesto, que la facultad sancionatoria no es una potestad ilimitada desprovista de sustento legal y sujeta a la voluntad del funcionario. Ello se relaciona con lo dicho en la introducción del presente trabajo.

Tampoco puede entenderse que aquella facultad revistiese una competencia amplia o inherente (conforme el postulado de la permisión amplia, o bien del principio de la especialidad de acuerdo a la postura doctrinaria en la cual nos enrolemos)¹⁰.

⁹ Conf. arts. 96 y 97 del decr. 893/2012.

¹⁰ Ver al respecto, JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, T. 1, AbeledoPerrot, 1998, ps. 237 y ss.

Tal ha sido también la jurisprudencia del fuero, en donde dijo que “la invocación de la existencia de una relación especial de sujeción, no autoriza la violación de las garantías constitucionales en juego en el ámbito de la potestad sancionatoria, aun en las relaciones de sujeción especial ¹¹.”

No puede soslayarse tampoco, que la previsión del art. 12 aludida, se encuentra directamente relacionada con el art. 13 inc. *d*) del decreto citado, en cuanto refiere que: “(S)in perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual, el cocontratante tendrá: La obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato”.

De modo que el cocontratante podrá eximirse del cumplimiento exacto y perfecto de su obligación por caso fortuito o fuerza mayor, o bien, ante la existencia de actos o incumplimientos de autoridades públicas que tornaren imposible el cumplimiento de su obligación, sin ser pasible de la aplicación de sanciones por parte de la Administración Pública contratante.

Con relación a esta última circunstancia, numerosos inconvenientes se generan a raíz de la política de restricción a las importaciones, por cuanto, algunos cocontratantes no pueden ingresar productos terminados o componentes necesarios para finalizar su producto, objeto de la contraprestación a su cargo.

Tal situación, implica en muchos casos la imposibilidad fáctica del cumplimiento de las obligaciones que emergen del contrato administrativo, y peor aún, si se trata de un contrato de obra pública, la asunción de gastos por el Estado si existiere caso fortuito o fuerza mayor, y/o por gastos improductivos por rescisión contractual (conf. arts. 39 inc. *a*) y 54 inc. *e*] de la ley 13.064) ¹².

En la práctica muchas situaciones pueden verificarse, a tenor de la política oficial; como ejemplo hipotético, supongamos que una sociedad de

¹¹ CN CAF, Sala I, “Ponchón Jesús c. Policía Federal”, 18/5/1999.

¹² Los cuales prevén respectivamente: “El contratista no tendrá derecho a indemnización por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados por su propia culpa, falta de medios o errores en las operaciones que le sean imputables. Cuando esas pérdidas, averías o perjuicios provengan de culpa de los empleados de la Administración, o de fuerza mayor o caso fortuito, serán soportados por la Administración Pública. Para los efectos de la aplicación del párrafo anterior se considerarán casos fortuitos o de fuerza mayor: *a*) Los que tengan causa directa en actos de la Administración Pública, no previstos en los pliegos de licitación...”; “Producida la rescisión del contrato en virtud de las causales previstas en el artículo anterior, ella tendrá las siguientes consecuencias: ...*e*) Liquidación a favor del contratista de los gastos improductivos que probare haber tenido como consecuencia de la rescisión del contrato...”.

naturaleza estatal (conf. ley 20.705) contrata la construcción de un número determinado de vagones con entregas parciales cada 180 días por unidad de vehículo terminado. Los pagos deben efectuarse por unidad entregada, para poder el contratista financiar las obras de la siguiente unidad.

Por las restricciones a las importaciones el citado contratista no puede ingresar los motores de fabricación foránea al país que le permitan concluir con la fabricación de cada vagón, por lo cual se ve imposibilitado de completar las unidades. De estos ejemplos hay muchos, y la consecuencia lógica podría ser la rescisión sin culpa con toda la problemática que ello conlleva, pues, se priva a la Administración de un bien necesario para el cumplimiento de sus fines.

Es obvio, que en estos casos, no puede haber potestad sancionatoria.

a) Tipología sancionatoria. Clases

Verificado que sea por la Administración Pública un incumplimiento culpable del contratista estatal (ya sea por no entregarse en plazo, o entregarse algo de distinta calidad de la ofertada, o entregarse menos cantidad, o no entregar el producto adjudicado, o no prestar el servicio conforme los requisitos del pliego de condiciones), el régimen general de contrataciones prevé en su articulado distintas penalidades y sanciones a aplicarse a aquellos que no satisfagan sus obligaciones sinalagmáticas.

El art. 29 establece lo siguiente: “Los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes penalidades y sanciones:

1. Penalidades

i) Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato;

ii) Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones,

iii) Rescisión por su culpa.

2. Sanciones

Sin perjuicio de las correspondientes penalidades los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes sanciones, en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones:

i) Apercibimiento,

ii) Suspensión,

iii) Inhabilitación.

A los efectos de la aplicación de las sanciones antes mencionadas, los organismos deberán remitir al órgano Rector copia fiel de los actos administrativos firmes mediante los cuales hubieren aplicado penalidades a los oferentes o cocontratantes”.

En primer lugar debe efectuarse una distinción entre las penalidades a las que se refiere el régimen y las sanciones.

Así, podemos señalar que las penalidades resultan exclusivas del contrato que une a las partes y del ámbito precontractual; en cambio, las sanciones, trascienden la relación estrictamente contractual, desparramando sus efectos a la órbita de la relación ius administrativa entablada entre el Estado y el contratista con virtualidad para futuras relaciones ¹³.

Podemos distinguir entonces, distintos tipos de penalidades (en el sentido asignadas en el régimen): 1) Pecuniarias (ej. cláusula penal, multa, daños y perjuicios), 2) medidas coercitivas provisionales (ej. ejecución directa por el Estado, o ejecución por cuenta del proveedor o por otro proveedor que siga en orden de mérito con cargo de la diferencia tal como existe en el Reglamento de Contrataciones de la Pcia de Bs. As. ¹⁴), y 3) medidas represivas definitivas (ej. rescisión parcial o total) ¹⁵.

Sin perjuicio de que en el régimen nacional se verifica una mezcla entre las distintas penalidades conforme la clasificación referida, podemos señalar, brevemente, que algunas tienen naturaleza represiva y se aplican como castigo efectivo por el incumplimiento, otras en cambio, tienen por finalidad compelir al contratista a la debida satisfacción de sus obligaciones.

En cuanto a las penalidades de carácter pecuniarias, constituyen estas sanciones económicas aplicadas a los contratistas por el incumplimiento material de una obligación sinalagmática.

Las medidas coercitivas, en cambio, persiguen el inmediato cumplimiento del contrato.

En cuanto a las sanciones represivas, las mismas extinguen de forma total o parcial el contrato celebrado de acuerdo a la entidad el incumplimiento.

Es decir, que ponen fin al contrato, declarando su caducidad o rescisión cuando su ejecución resulta imposible por el cocontratante debido a su culpa, su incapacidad o su ineficiencia. En consecuencia, son definitivas ¹⁶.

¹³ Ver al respecto RICARDO FRANCAVILLA, *Cuestiones de Contratos Administrativos*, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 209.

¹⁴ Conf. decr. 3300/72, art. 71, inc. b): "El incumplimiento de las obligaciones contraídas por los proponentes, preadjudicatarios o adjudicatarios, dará lugar a la aplicación de las penalidades que a continuación se indican... Por incumplimiento parcial o total del contrato: Pérdida proporcional o total de la garantía y diferencia de precio a su cargo por la ejecución del contrato por un tercero; en todos los casos la nueva contratación será efectuada inmediatamente –en la forma más rápida posible– asegurando una contratación conveniente sin sujetarse a que se encuentre firme en la instancia administrativa en el acto que resuelva el contrato primitivo, quedando la situación del primer adjudicatario a la decisión que se adopte en el acto a dictar. La diferencia de precios se calculará actualizando la propuesta desistida hasta la fecha de la nueva cotización mediante la fórmula de ajuste prevista en la licitación primitiva".

¹⁵ Conf. MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, op. cit., p. 417.

¹⁶ Conf. MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, op. cit., p. 420.

Este incumplimiento, a su vez, puede ser parcial o total (ejemplo: en los contratos de compraventa de suministros de orden de compra abierta ante la falta de una entrega, o bien, en los contratos de servicios, ante el defectuoso cumplimiento mensual, subsanado en los meses siguientes), e inclusive en la obra pública ante el cumplimiento parcial de la obra, por lo que obviamente la sanción será distinta en uno u otro caso.

Adentrándonos en los distintos tipos de penalidades, la pérdida de garantía de cumplimiento de contrato, constituye una tasación del daño y perjuicio que se fija en proporción a la parte no cumplida. El porcentaje de integración de dicha garantía es del 10% del monto total adjudicado¹⁷, con lo cual, el monto de la penalidad estará vinculado a la incidencia del incumplimiento en el total.

La garantía de mantenimiento de oferta, en cambio, es del 5% del valor de lo ofertado, pudiendo sancionarse a aquel oferente que retire su oferta durante el plazo dentro del cual se encuentra obligado a mantenerla¹⁸.

En lo sucesivo nos referiremos al reglamento vigente en materia de contrataciones, es decir el decr. 893/2012 que viene a reemplazar al derogado decr. 436/00, reglamentario del decr. delegado 1023/2001.

b) Procedimiento sancionatorio

El art. 126 del anexo del decr. 893 determina tres clases de situaciones, en las cuales se aplicará la pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato:

1. si el adjudicatario desistiere en forma expresa del contrato antes de vencido el plazo fijado para su cumplimiento¹⁹, o vencido el plazo de cumplimiento original del contrato o de su extensión, o vencido el plazo de las

¹⁷ El decr. reglamentario 893/2012, prevé en su art. 100 inc. b) “Los oferentes o los contratantes deberán constituir garantías: [...] b) De cumplimiento del contrato: diez por ciento del monto total del contrato...”.

¹⁸ El citado art. 100 inc. a) del decr. 893/2012: “...De mantenimiento de la oferta: cinco por ciento del monto total de la oferta. En el caso de cotizar con descuentos, alternativas o variantes, la garantía se calculará sobre el mayor monto propuesto. En los casos de licitaciones y concursos de etapa múltiple, la garantía de mantenimiento de la oferta será establecida en un monto fijo, por la jurisdicción o entidad contratante, en el pliego de bases y condiciones particulares...”.

¹⁹ Cabe señalar, que la norma debió referirse a contratista, pues este se distingue del adjudicatario en su sustancia, es decir en un caso hay contrato perfeccionado y en el otro no. El adjudicatario hasta que no recibe la orden de compra no puede cumplir ninguna prestación por las razones mencionadas.

intimaciones que realizara la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad ²⁰.

2. En caso de no integrar la garantía de cumplimiento del contrato luego de la intimación cursada por el organismo contratante, se deberá rescindir el contrato e intimar al pago del importe equivalente al valor de la mencionada garantía ²¹.

3. Por ceder el contrato sin autorización del organismo contratante ²².

Respecto de la multa económica aplicada por la mora en el cumplimiento de las obligaciones, el régimen ²³ prevé que *se aplicará una multa del cero coma cinco por ciento del valor de lo satisfecho fuera de término por cada diez días hábiles de atraso o fracción mayor de cinco días hábiles*.

Ha dicho la PTN: “Con relación al contrato de suministro, las facultades sancionatorias de la Administración Pública se caracterizan por ser amplias y, además, porque por lo común son ejercidas con severidad, de manera estricta. La multa por retardo tiende a garantizar el cumplimiento en término de las obligaciones asumidas por el contratista. La multa tiene por fin actuar en forma compulsiva sobre el contratante, para compelerlo al más exacto acatamiento de sus obligaciones ²⁴”.

Aquí existe una innovación normativa –en comparación con la entonces vigente Resolución 834/2000 del MECON (Pliego único) (abrogada por el art. 6 del decr. 893/12)–, advirtiéndose un parámetro de razonabilidad más acorde a la lógica del intercambio comercial y a los intereses compensatorios que aplican y cobran las entidades financieras.

En efecto, esta norma viene a remediar la confiscatoriedad del art. 25 de la resolución citada, en cuanto establecía que la multa era del tres por ciento del valor de lo satisfecho fuera del término originario del contrato, por cada siete días de atraso o fracción mayor de tres días, es decir un 12% mensual, lo que equivale a un interés punitivo del 144% anual ²⁵.

²⁰ En este caso, existe un incumplimiento formal de las obligaciones sinalagmáticas.

²¹ En este caso, se notificó la orden de compra, y el contratista tiene 5 días para integrar aquella garantía, si no lo hace, el órgano debe intimarlo para que la integre dentro de los 5 días (conf. arts. 98 y 122 del anexo del decr. 893/2012).

²² En este caso, la cesión debe ser previamente autorizada por el órgano contratante.

²³ Art. 126 ap. c) del anexo del decr. 893/2012.

²⁴ PTN, Dictámenes 262:548.

²⁵ Ver al respecto, GUIDO DUBINSKI, “Los proveedores y el Estado. Mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el ámbito nacional. El Régimen Nacional Decreto 436/2000 y la ilegitimidad del art. 25 de la Resolución N° 834/2000 MECON”, EL DIAL (www.eldial.com), Suplemento de Defensa del Usuario y del Consumidor y de la Regulación de Servicios Públicos -Año 2008- Suplemento Mensual febrero- 1/2/2008. Del mismo modo, en Fallos 202:97 se expresó que: “las multas deben ser proporcionales a la falta cometida, y no

Pues bien, ahora el interés punitivo no puede superar –en ningún caso– el 1% mensual, con lo cual se deja sin efecto una norma claramente inconstitucional de características confiscatorias.

En la Obra Pública, la determinación del monto de la multa queda en cabeza de la Administración quien puede graduar la multa en función de la gravedad del atraso²⁶.

En el fallo “Supercemento”²⁷ se dijo que: “la Administración –como gestora del bien común– puede validamente no imponer multas en determinados supuestos, porque al ser facultativo para ella aplicar sanciones, en hipótesis como las del caso, del hecho de que no las imponga no puede inferirse válidamente que no habría podido hacerlo. Más bien tal proceder del comitente aparece guiado por el fin de dar prioridad a la conclusión de la obra, como medio de satisfacer necesidades generales, que a sancionar al contratista”.

También se dijo que: “A la Administración le asiste el derecho de graduar las sanciones de acuerdo a los antecedentes del infractor y de las circunstancias del caso (Fallos 324:1740)”²⁸.

Tal discrecionalidad se condice con la facultad que confiere el art. 12 del decr. 1023/2001, en cuanto confiere al órgano administrativo la “facultad” como opción de imponer una penalidad –o no– al contratista.

Es decir, que la Administración Pública puede elegir entre varias alternativas válidas para proceder a aplicar una sanción por incumplimiento; esa es la esencia de la discrecionalidad. Por el contrario, si el legislador hubiese querido que la penalidad se aplicase de manera automática, verificado un incumplimiento, hubiera quitado tal potestad de la esfera de la discrecionalidad administrativa.

La Corte ha establecido: “Que en lo atinente a la cuestión relacionada con la rescisión de los contratos, resulta relevante señalar, en primer término, que el poder de rescisión –aun cuando no esté expresamente contemplado en el contrato– constituye una prerrogativa que la Administración Pública tiene igualmente por estar ínsita en todo contrato administrativo. Mas la estipulación expresa no resulta enteramente superabundante, pues significa que en

convertirse en sanciones de carácter persecutorio. También, en Fallos 203:78 se declaró que la forma de determinar el monto de la multa y el importe a que asciende hacen de ello una exacción confiscatoria.

²⁶ El art. 35 de la LOP 13064 prevé que “las demoras en la terminación de los trabajos con respecto a los plazos estipulados, darán lugar a la aplicación de multas o sanciones que serán graduadas por el Poder Ejecutivo de acuerdo con la importancia del atraso...”.

²⁷ CN CAF, Sala V, 7/3/2001, “Supercemento S.A.I.C. c/E.N. (F.A.A.) M° de Defensa s/contrato administrativo”.

²⁸ CN CAF, Sala III, “Carital S.R.L. c/E.N. (Sec. Rec. Nat. y Medio Amb.) s/contrato administrativo”, 25/9/2002.

los casos que se determinen en los acuerdos de voluntades la rescisión debe sujetarse a lo establecido en ellos²⁹.

Otro aspecto de la nueva reglamentación es que el importe de las sanciones económicas no puede superar al 100% del valor del contrato conforme el art. 127 del Anexo del Reglamento de Contrataciones, decr. 893/2012; a todas luces, ello es lógico, pues si así no fuera podría darse el caso en que sería más conveniente incumplir totalmente con las obligaciones y quedar sujeto a la rescisión contractual (en cuyo caso la sanción económica sería del 10% del valor de lo rescindido) que cumplir fuera de término.

En cuanto al órgano encargado de aplicar las penalidades, el mismo será el competente para aprobar el procedimiento de selección de acuerdo a lo que disponen las normas vigentes en la materia³⁰.

Respecto al apartado *d*) del art. 126 referido, la rescisión podrá ser parcial o total conforme si se incumple todo el contrato o sólo alguna obligación.

Entendemos que las penalidades pueden aplicarse independientemente en un contrato, debiendo distinguirse, en cada caso, qué es lo que se está penando. En efecto, puede existir multa por mora (por una obligación cumplida fuera de término), y, a su vez, rescisión parcial por inejecución (por otra obligación, pero en este caso nunca cumplida).

Tal es la postura de MARIENHOFF, quien diferencia la cláusula penal de la multa con base en lo dispuesto en el art. 659 del Código Civil, y de LAFAILLE quien afirma que no hay dificultad en que existan dos penalidades: una para el supuesto de inejecución y otra para el de simple mora³¹.

c) Otras sanciones

Por último, la Administración Pública puede aplicar, también, las denominadas sanciones ya referidas, las cuales, reiteramos, son el apercibimiento, la suspensión y la inhabilitación, y el órgano competente para su aplicación es la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC).

El anexo del decr. 893/12 enumera de manera taxativa, en qué caso deberá aplicarse cada una de ellas³².

²⁹ Fallos 322:3139.

³⁰ Conforme el art. 14 del anexo del decr. 893/12.

³¹ Conf. MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3-A, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1974, p. 414. Ver también RODOLFO CARLOS BARRA, *Contrato de Obra Pública*, T. 2, Ábaco, 1986, ps. 812-818.

³² Conf. art. 131 del anexo de decr. 893/2012.

Cabe señalar que el término de la prescripción para la aplicación de una sanción es de 2 años desde que queda firme en sede administrativa el acto punitivo que diera sustento a la sanción³³.

Debemos considerar, conforme la experiencia adquirida, que muchas de las sanciones previstas, constituyen verdaderos obstáculos al ejercicio por parte del proveedor del Estado del legítimo ejercicio de la industria lícita.

Sin entrar en la casuística de la norma, no podemos soslayar que muchos de los proveedores estatales venden y prestan servicios exclusivamente al Estado nacional, con lo cual, una sanción de suspensión por uno o dos años equivale en la práctica a la quiebra de hecho de la firma o persona física que desarrolla determinada actividad.

Tampoco podemos perder de vista el marco institucional y fáctico en donde se desarrollan los procedimientos selectivos, con demoras de más de un año en algunos casos en resolverse una adjudicación desde el momento en que se presenta la oferta.

Obviamente, ello conlleva a la desactualización de los precios oportunamente ofertados, y a la imposibilidad de su recomposición (al menos en los contratos de bienes y servicios, en la obra pública rige el *decr. 1295/02* de redeterminación de precios). Aunque también, puede optar el proveedor por no mantener su oferta luego del plazo legal.

Entendemos que el sistema de sanciones (no así de penalidades) no coadyuva a fomentar una verdadera colaboración entre proveedores y el Estado, pues, ambos se necesitan para el cumplimiento de sus fines.

Será la satisfacción de los intereses públicos en un caso, y el legítimo fin de lucro en el otro, pero sin necesidad de excluir del derecho constitucional de ejercer industria lícita, existen numerosos casos de suspensiones en las cuales se advierte una severidad extrema. Así, a modo de ejemplo, ante una rescisión total de contrato se suspende al proveedor por el plazo de entre uno o dos años (art. 131 ap. B] punto 3.1. del anexo del *decr. 893/2012*). Adviértase, que podría tratarse de un proveedor de una conducta intachable en el pasado, y el cual se vería sometido al ostracismo comercial, y la consecuente quiebra, si es que el Estado resulta su único o más importante cliente.

Lamentablemente, existen también demasiados atisbos especuladores por parte de algunos proveedores, quienes, ante determinadas circunstancias, tales como: *a)* el transcurso excesivo del tiempo, *b)* o ante el dictado de medidas de tinte económicas tomadas por el Estado, *c)* o la acción de asociaciones gremiales, *d)* y tal vez la perduración de una inestabilidad económica, *e)* o la

³³ Conf. art. 134 del anexo de *decr. 893/2012*.

verificación de una inflación existente (y persistente), convierten a los contratos administrativos en un juego de ajedrez, en donde nadie quiere perder.

Para finalizar el presente trabajo, queremos enfatizar que toda sanción debe ser razonable, y que la potestad sancionatoria de la Administración Pública deriva de las normas legales que regulan la contratación administrativa, tales como el reglamento de contrataciones, y normas inferiores que complementan a aquella regulando sus pormenores para una efectiva y correcta aplicación.

No obstante, entendemos, que debió dejarse un margen de ponderación a los efectos de la aplicación de sanciones represivas que excluyen a proveedores de la posibilidad de participar, a más que se reflexione si aquellas penalidades y sanciones no implican una doble sanción afectándose el principio de *non bis in ídem*. Es decir, la aplicación de dos sanciones por un mismo hecho.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina