

ano 14 - n. 56 | abril/junho - 2014
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla

Bibliotecário: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Potestad sancionatoria y facultad correctiva en la contratación administrativa en la República Argentina

Fernando García Pullés

Profesor Titular ordinario de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, profesor de posgrado, miembro del Consejo Asesor Académico de la Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública. Profesor Titular de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor Titular de Control Judicial de la Administración Pública y Derecho Procesal Constitucional en la Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Austral. Profesor titular de Estado en Juicio en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. En la Procuración del Tesoro de la Nación, fue abogado asesor, Director Nacional de Asuntos Judiciales y Fiscales y Subprocurador del Tesoro de la Nación. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

Resumen: El estudio tiene como objetivo analizar: (i) si es la potestad sancionatoria de la Administración en el ámbito de los contratos administrativos una potestad única, o si registra especies de diversidad tal que no admiten su tratamiento asimilado; (ii) cuáles son los criterios que justifican distinguir la potestad sancionatoria y correctiva en el ámbito de los contratos administrativos; (iii) si el ordenamiento jurídico regulador de estos contratos tiene en cuenta la distinción o rehuye de ella y adopta una propia; y (iv) cuáles son las consecuencias de estas posturas que se adoptan para la vida práctica y diaria en la administración de contratos públicos.

Palabras-clave: Potestad sancionatoria. Facultad correctiva de la Administración Pública. Contratos públicos. República Argentina.

Sumario: I Introducción – II Facultad correctiva y potestad sancionatoria – III Justificación de la diversidad – La cuestión en el Decreto 1.023/01 y su nueva reglamentación – IV La facultad correctiva, una verdadera facultad de sancionar otorgada a la Administración – V Las consecuencias de la pertenencia a uno u otro ámbito – Epílogo

I Introducción

El territorio de la contratación administrativa conduce, permanentemente, a equívocos sinceros y de los otros. Algunos doctrinarios han pretendido cuestionar las notas que caracterizan a los contratos administrativos, postulando que: o están insertas en las convenciones y las leyes supletorias, en cuyo caso la teoría es innecesaria; o se postula la existencia de un régimen exorbitante implícito, no contenido en las leyes ni en los contratos, hipótesis en que se afecta gravemente a la seguridad

jurídica.¹ La postulación, que se asocia a otras de similar contenido, supone despojar a la Administración de las prerrogativas que explícitamente le otorgan los regímenes jurídicos generales, con clara base constitucional, pero paralelamente también reclama el mantenimiento de las garantías especiales que vienen asociadas a aquellas prerrogativas, que se pregonan necesarias para la transparencia pública.

Es necesario recordar que la Administración, por la circunstancia de desenvolver su actividad en el ámbito de la contratación administrativa, no pierde su calidad de gestor de intereses públicos, ni se despoja de sus finalidad esencial o de su representatividad, razón que justifica que el orden jurídico le otorgue unas determinadas prerrogativas que tienen que ver con esa función de “realizar plenamente el derecho en la sociedad”, “perseguir los intereses públicos” y “defender la representación popular, encarnando un sistema de control preventivo de legalidad y juridicidad de su accionar”.²

Por otra parte, quien contrata con la Administración conoce acabadamente que ingresa a un sistema jurídico especial, dotado de potestades implícitas que surgen de leyes generales —pues en un sistema republicano ninguna potestad viene sino del orden jurídico—, que vienen contrarrestadas por un conjunto de garantías que asegura sus derechos de modo compatible con la previsión de sus inversiones.

Esta advertencia preliminar es singularmente útil cuando se intenta abordar las potestades o facultades que el ordenamiento o la convención otorgan a la Administración para aplicar sanciones a su co-contratante, con motivo del procedimiento de formación o el posterior desarrollo de los contratos administrativos. El tema se vincula necesariamente con la potestad sancionatoria de la Administración y el derecho que la da cauce jurídico, aunque exige precisiones que deben ser atendidas oportunamente, so riesgo de incurrir en simplificaciones que impidan dar adecuada respuesta a los problemas que se presentan en este campo.

Alejandro Nieto García, profesor español por quien tengo un particular respeto y cariño, señala que “... (S)i tradicionalmente se ha estado basando el estudio del Derecho Administrativo Sancionador sobre el dilema de su autonomía o dependencia del Derecho Penal, yo he creído que donde hay que buscar el punto de partida es en una potestad, dado que todas las actividades públicas arrancan de una potestad y de un ordenamiento”.³

Creo que esta advertencia resulta útil para iniciar el análisis, porque el primer interrogante que se plantea a quien pretende ingresar en el campo de la aplicación de

¹ Mairal, Héctor – De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo – en Revista Jurídica El Derecho, Tomo 179, p. 655.

² García Pullés, Fernando – El derecho administrativo y las bases republicanas – publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, 2009.

³ Nieto García, Alejandro – Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Tecnos, 2ª edición, Madrid 1994, p. 21, in fine.

sanciones en el ámbito contractual es el de desentrañar la naturaleza de la potestad y cuál es la fuente que le da razón de ser.

Con ese parámetro, y advirtiendo desde ahora que utilizaré el concepto “sanción” de manera indiscriminada, por el momento, de un modo que incluirá a los conceptos de “penalidades” y de “sanciones” contenido en el Decreto 1.023/2001 (Reglamento Delegado con jerarquía legal que regula la materia general de los contratos administrativos en el ámbito federal de la República Argentina) y en su reglamento de ejecución (aprobado por el Decreto 893/12).

Para exponer sobre la materia, propongo abordar los siguientes tópicos:

- (i) ¿Es la potestad sancionatoria de la Administración en el ámbito de los contratos administrativos una potestad única, o registra especies de diversidad tal que no admiten su tratamiento asimilado?
- (ii) ¿Cuáles son los criterios que justifican distinguir la potestad sancionatoria y correctiva en el ámbito de los contratos administrativos?
- (iii) El ordenamiento jurídico regulador de estos contratos, ¿tiene en cuenta la distinción o rehuye de ella y adopta una propia?
- (iv) ¿Cuáles son las consecuencias de estas posturas que se adoptan para la vida práctica y diaria en la administración de contratos públicos?

II Facultad correctiva y potestad sancionatoria

2.1 La pertenencia de la facultad correctiva y de la potestad sancionatoria

Los filósofos suelen indicar que el poder es único, que debe ser tratado a partir de tal unidad y que sus expresiones constituyen meras funciones.⁴ En el ámbito del derecho administrativo sancionador se ha postulado una derivación de este criterio, al anunciarse la existencia de un único *ius puniendi* estatal, que puede manifestarse por la vía judicial penal como por la vía administrativa y abreviaría de las mismas fuentes.⁵

Sin embargo, algunos autores han reaccionado contra esta postulación y advertido que la distinción es tan esencial que la invocación unitaria conduce más al error que al acierto e invita a una transpolación directa de principios y garantías que debería, cuando menos, someterse a un riguroso examen previo.⁶

⁴ Vid por todos: Guardini, Romano – El poder: un intento de orientación – Ediciones Cristiandad – Madrid, 1977.

⁵ García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón – Curso de Derecho Administrativo, Ed. Tecnos, 4ª edición, Madrid 1993, tomo II, p. 163 y ss., en especial p. 166. Ver en términos similares la sentencia del Tribunal Supremo Español en pleno, del 28 de mayo de 1987.

⁶ Nieto García, Alejandro – op. cit., p. 80 y ss.; en parecidos términos: C.N. Cont. Adm. Fed., Sala II, fallo del 10 de julio de 2012, in re “Transatlántico S.A. Casa de Cambio c/BCRA” en <www.pjn.gov.ar>.

La disquisición escapa a la limitación temporal de esta exposición. Lo que sí puede decirse ahora es que aquella postulada unidad metafísica no nos sirve para establecer consecuencias concretas, sea para trasladar ciegamente instituciones y garantías o para negar ese traslado.

Veamos: si la potestad judicial de aplicar penas y la potestad administrativa de imponer sanciones (en la República Argentina ni siquiera se excluye de estas últimas a la privación de la libertad ambulatoria, como ocurre en España con el artículo 25.3 de la Constitución de 1978) integran un mismo poder punitivo, ello no quiere decir que deban necesariamente integrarse con los mismos principios y garantías. Es difícil pensar en igualdad de garantías y principios entre el derecho penal general y el derecho penal tributario o previsional, el que atiende al lavado de dinero o el que se corresponde con los crímenes del terrorismo internacional o los delitos de lesa humanidad. Tan clara es esta diferencia que el profesor alemán Gunther Jakobs,⁷ viene hablando, desde hace tiempo, de la existencia de un verdadero derecho penal del enemigo, en el que asoman muchos caracteres que se asemejan claramente al ámbito en el que se ejerce o postula ejercerse la potestad sancionatoria de la administración.

Esta referencia al “derecho penal del enemigo” en el campo del derecho penal, bien que con las advertencias y críticas que a su respecto realiza Cancio Meliá,⁸ obliga a admitir que la inclusión de dos potestades en un mismo poder no obliga a aplicar el mismo régimen jurídico circundante, por principio, si el legislador dispone un tratamiento diferenciado.

Inversamente, si adhiriéramos a la idea de dos poderes punitivos esencialmente diversos, nada impediría afirmar que los principios y garantías que nos ocupan superan esa mera diferenciación y constituyen bases constitucionales predicables para ambos campos, tanto más —como es mi opinión para el caso— cuando el legislador no ha dictado normas específicas que supongan la voluntad de excluir aquellos principios básicos (legalidad, reserva, tipicidad, irretroactividad, prohibición de analogía, etc.) de un ámbito de ejercicio del poder estatal (judicial o administrativo).

Pero en la materia concreta a la que se dirige nuestro examen, esto es: en el campo del contrato administrativo, el problema es aún mayor, porque dentro del territorio de una de aquellas dos ramas del teóricamente único *ius puniendi* estatal (en el derecho administrativo sancionador, si se admitiera este concepto), se escinden dos campos diferentes.

La facultad de la Administración de imponer sanciones en el contexto de los contratos administrativos aparece caracterizada en dos naturalezas tan diversas que es casi una utopía pensar que se asocian a una potestad uniforme, integrada a su vez a un “*ius puniendi*” estatal único.

⁷ Ver Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá – Derecho Penal del Enemigo, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

⁸ Op. cit. nota anterior, introducción de Manuel Cancio Meliá.

Si la facultad de sancionar, reclamada o ejercida por la Administración, resulta fruto de la convención, esto es: si el acuerdo califica y define tanto la infracción como la sanción, nos hallamos ante una facultad que da en llamarse correctiva, que parece muy difícil asociar a la potestad sancionatoria administrativa típica, porque las notas que la califican son esencialmente diversas y el régimen jurídico circundante —interpretando por tal el marco jurídico en que se desenvuelve el ejercicio de tales facultades— también es diferente.

Si la infracción y la sanción surgen básicamente del ordenamiento jurídico, nos hallaremos ante el ejercicio de una verdadera potestad sancionatoria administrativa (inserta en el sistema general de esta potestad de la Administración, surgida de la ley y sometida a principios estrictos sobre su ejercicio).

Hace ya casi veinte años que los fallos de la Cámara Contencioso Administrativo Federal de la República Argentina, en expresiones de sus Salas III y V,⁹ se han referido a las facultades “correctivas”, separándolas puntualmente de la potestad sancionatoria, para afirmar que: “... en la facultad correctiva el principio de legalidad no muestra la rigidez específica de la potestad sancionatoria en general, pues no se contempla aquí una infracción administrativa sino el incumplimiento de una obligación contractual voluntariamente aceptada dentro del marco que impone la debida prestación del servicio; incumplimiento que es objetivamente imputable al concesionario mientras no se pruebe la culpa de la concedente o la configuración de alguna causal estatuida en el contrato o en las normas que de manera general disciplinan la prestación de aquél”.

Este criterio ha sido reiterado desde entonces y hasta fecha reciente por fallos del Tribunal, que invocaron la autorizada opinión de Marienhoff.¹⁰ En tal sentido, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, ha resuelto que: “El ENRE se encuentra facultado para aplicar una multa por el sólo incumplimiento de la distribuidora a las obligaciones asumidas en lo atinente a la prestación del servicio, con prescindencia de que, como consecuencia de la transgresión, se derive un efectivo daño a algún usuario, y sin encontrarse constreñido a limitar el monto de la penalidad a ese hipotético perjuicio (conf., Sala I, 26.10.99 Edesur S.A. c/Resol. 136/97 —ENRE— expte. 2087/96)”; cabiendo agregar que la naturaleza y extensión de las sanciones establecidas en el subanexo 4 del contrato de concesión, por incumplimiento de los niveles de calidad del servicio y del producto técnico, ponen de relieve la existencia de una vinculación de base contractual, con más la potestad sancionatoria de dicho ente, por lo que corresponde referirla a la potestad “correctiva”, nacida de la concesión y de ostensible contenido normativo

⁹ Me refiero a los fallos de la Sala V del 16/8/95 “Edesur c/ENRE” y de la Sala III del 2 de abril y 27 de agosto de 1996 “Edesur c/ENRE” y “Edenor c/ENRE”.

¹⁰ C.N. Cont. Adm. Fed., Sala I, 21.09.2007, in re “Edelar”, con cita de Marienhoff, Miguel S.: Tratado de Derecho Administrativo, t. III A, 4a ed., edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 412.

y convencional (conf. Sala V, 16.08.95, “Edesur c/ENRE s/Resol. 18/95” y esta Sala, “Edesur c/ENRE s/Resol. 37/95”, 02.04.96 y 27.08.96 “Edenor S.A. Empresa Distribuidora Norte S.A. —c/Ente Nacional Regulador de Electricidad— resol. 80/94” Causa: 22.663/94, 27.08.96).¹¹

Pero esta distinción, aparentemente tan clara en el campo de las ideas, choca frontalmente con una realidad que se presenta bastante más compleja.

Veamos algunos ejemplos:

¿Si la ley establece una sanción por el incumplimiento de un contrato y las partes recogen ese precepto legal en una cláusula expresa del acuerdo, la fuente del poder de sancionar será contractual o legal, esto es: estaremos ante una facultad correctiva o una potestad sancionatoria?

¿Si el incumplimiento es de una obligación ajena al contrato en sí, pero la sanción está prevista en un Pliego de Bases y Condiciones, o en una norma legal que integra el llamado “derecho supletorio”, su fuente será legal o convencional?

¿Si el incumplimiento se refiere a obligaciones del co-contratante para con terceros ajenos a la Administración, que se encuentran —por ejemplo— en el marco regulatorio de la prestación del servicio público, la sanción que aplique el ente regulador, pertenecerá al ámbito de la facultad correctiva o estará integrada a la potestad sancionatoria?

¿Los preceptos de las leyes de Defensa del Consumidor, deben considerarse derecho supletorio que integra las cláusulas del acuerdo y generan potestad correctiva, o son fuente de potestad sancionatoria?

¿Si la ley establece un límite máximo o mínimo para la sanción y el contrato establece otros, cuando la sanción se impone dentro de aquellos límites, será ejercicio de potestad sancionatoria y si se aplica fuera de tales extremos, será ejercicio de facultad correctiva?

2.2 La concreción del ejercicio de la facultad o potestad de imponer sanciones en el acto administrativo

El examen debería iniciarse despejando algunos aspectos que no nos servirán como elemento diferenciador y que abonan la confusión reinante en la materia.

El ejercicio de la facultad correctiva y el de la facultad sancionatoria en el ámbito de un contrato, cuando está a cargo de la Administración, se concreta en actos administrativos.¹² Ello está expresamente previsto en el art. 7 del Decreto 1.023/2001,

¹¹ C.N. Cont. Adm. Fed., Sala III: “Edesur c/DNCl – Disp. 452/11” fallo del 25.9.2012, en <www.pjn.gov.ar>.

¹² Ver el art. 11, inciso 3) del Reglamento Delegado – Decreto 1.023/2001, como ejemplo.

que es el Reglamento Delegado (con jerarquía de ley) que regula la materia contractual administrativa en la Argentina, pero la exigencia no tiene fuente sólo legal, sino de la esencia del accionar administrativo.

Así, la imposición de una sanción, sea derivada de la potestad sancionatoria o correctiva, traerá consigo las notas de autotutela declarativa, ejecutiva y reduplicativa, circunstancia que nada tendrá que ver con la especie de potestad ejercida, sino con el régimen exorbitante típico de la actuación de la Administración, que le otorga prerrogativas de las que en modo alguno se desprende cuando ejerce derechos o facultades de origen convencional. Pero esa inherencia del régimen exorbitante, en materia de prerrogativas, viene clásicamente asociada, al régimen de garantías del actuar estatal.

Es esta circunstancia, esta necesidad de adecuarse el funcionario y el órgano de la Administración —en el que desenvuelve su relación orgánica—, a las exigencias del actuar administrativo, la que parece confundir a los intérpretes en la definición de las naturalezas de las facultades en juego, de modo que lleva a otorgar a la facultad correctiva una cualidad que no tiene.

Porque, habiendo de concretarse la decisión del órgano en un acto administrativo, el funcionario deberá procurar, ineludiblemente: la justificación de la propia competencia, la comprobación de la existencia de causa fáctica y jurídica, la verificación sobre la licitud y moralidad del objeto a decidir, la comprobación de haberse cumplido con el procedimiento previo, la valoración de la finalidad pública que inspira la decisión y la proporcionalidad de las medidas que se adopten, así como la explicitación de la relación virtuosa entre causa, objeto y finalidad en la motivación.

Pero ello no será debido a la naturaleza de la facultad o potestad que ejerce, sino a su condición de funcionario y a la necesidad de cumplir tales presupuestos para que su declaración de voluntad pueda ser atribuida a la Administración, en tanto ejemplo de una relación orgánica.

A esta altura de la exposición, debería advertir que vengo usando consciente y diferenciadamente los conceptos de “potestad” y “facultad”, de manera que quedará explicada más adelante en este trabajo, según entiendo.

Tengo para mí, pues, que existe un espacio enorme entre la facultad correctiva y la potestad sancionatoria que obliga a tratar a ambas desde un marco jurídico completamente diverso.

2.3 Tengo en cuenta que, llegados hasta aquí, pareciera que en lugar de aclarar el panorama de las sanciones que puede aplicar la Administración en el ámbito de los contratos administrativos en la República Argentina, yo hubiera venido a complicar su comprensión. Pero prometo hacer mi mejor esfuerzo. Intentaré precisar el campo en que, a mi juicio, operan la facultad correctiva y la potestad sancionatoria y si es ello es aceptado por el orden jurídico positivo de mi país.

III Justificación de la diversidad – La cuestión en el Decreto 1.023/01 y su nueva reglamentación

En mi opinión, para hacer posible esta diferenciación entre la potestad sancionatoria y la facultad correctiva de la Administración en el territorio de los contratos administrativos, es posible acudir a cinco criterios determinantes:

- a) El primero requiere establecer cuál es la naturaleza de la relación trabada entre la Administración y el sancionado al tiempo de la ocurrencia del incumplimiento o infracción sancionable;
- b) El segundo supone considerar cuál es la naturaleza del incumplimiento, esto es: si la infracción lo es a un contenido contractual o a un precepto del ordenamiento, aún cuando vinculado al contrato y, en especial, si aquel precepto integra el derecho supletorio o el imperativo para las partes contratantes;
- c) El tercer criterio se sustenta en una diferenciación de sesgo sancionatorio y postula que la diversidad radica en el lugar de impacto de la sanción, es decir: si ella tiene efectos sobre los derechos y obligaciones surgidos del contrato o va más allá de éste y afecta la capacidad genérica de contratar del infractor;
- d) También es posible pretender que la escisión debe quedar librada al criterio del legislador, con base en una teórica falta de distinción ontológica entre infracciones a los deberes contractuales y a los deberes legales;
- e) Otra fuente posible de distinción podría cifrarse en la competencia atribuida por el ordenamiento para ejercer las facultades correctivas y las potestades sancionatorias.

Consideremos cada una de estas cinco especies:

a) He propuesto como primera fuente para justificar la distinción a la ponderación del vínculo relacional entre ciudadano y administración, porque pareciera que mientras no se anuda una relación contractual entre el ciudadano y la Administración, ésta no podría invocar facultades surgidas del acuerdo para imponer sanciones.

Tengo bien en claro que, a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa Vicente Robles,¹³ que fue ratificada en diversos dictámenes recientes de la Procuración del Tesoro,¹⁴ es exigible al oferente una particular prudencia al formular su oferta, que viene seguida de una paralela exigencia en la órbita de su responsabilidad, conforme establece el art. 902 del Código Civil Argentino.

Pero, en mi opinión, esta circunstancia —que podría autorizar a predicar la existencia de una relación especial de sujeción entre la Administración y el oferente (con todos los bemoles de esta doctrina, en especial a partir del criterio aleccionador de

¹³ Fallos 316:382.

¹⁴ Dictámenes 167:447; 211:370; 259:415 entre otros.

la Corte Suprema Argentina en el fallo “Mendez”¹⁵—, no justifica trasladar la facultad de sancionar desde la potestad sancionatoria a la correctiva, porque no habiéndose anudado el contrato, la relación entre el oferente y la Administración, sigue siendo de fuente reglamentaria.

El carácter de acto normativo que generalmente se atribuye a los Pliegos de Bases y Condiciones, permite afirmar que ellos pueden perfeccionar la “remisión reglamentaria” exigida para la validez de la tipificación de infracciones y sanciones propias de la potestad sancionatoria administrativa, en este caso sobre los oferentes.

Desde esta perspectiva, entiendo que las “penalidades” y las “sanciones” que se enuncian en el Decreto 1.023/2001 y su correlato más concreto en el Reglamento aprobado por el Decreto 893/2012, como si fueran expresión de la potestad correctiva y sancionatoria, respectivamente contienen especies entremezcladas, según exista o no vínculo contractual.

Así, será del ámbito de la potestad sancionatoria la “penalidad” de pérdida de la garantía de mantenimiento de oferta, sea que ocurra por su retiro o por errores en la cotización, según lo previsto en el art. 126, ap. a), incisos 1 y 2 del Reglamento aprobado por Decreto 893/2012; mientras que corresponderán a la facultad correctiva las “penalidades” en todos los casos de pérdida de la garantía de cumplimiento del art. 126, inc. b), en los casos de multas de su apartado c) y en los de rescisión por culpa, previstos en su apartado d).

Con igual fundamento, las llamadas “sanciones” del artículo 131 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/2012 deberían integrarse del siguiente modo: A la potestad sancionatoria: las causales 2 a 5 de la sanción de apercibimiento prevista en su apartado a); las previstas en los puntos 1.2, 2.2, 3.2 y 3.4 a 3.6. de la sanción de suspensión considerada en su apartado b); y todas las previstas en su apartado c); entre otras. A la facultad correctiva, las sanciones indicadas en el artículo 131, apartado a) punto 1; apartado b), punto 1.1. y punto 3.7., entre otras. Algo parecido puede surgir del análisis del artículo 101 del Régimen de contrataciones de La Pampa.

No obstante la seguridad aparente del criterio, me apresuro a advertir que no resulta suficiente para distinguir toda la expresión de la facultad correctiva de los supuestos que concretan el ejercicio de potestad sancionatoria administrativa. Ello así por cuanto, existiendo la relación contractual, un contratante puede faltar a sus obligaciones contractuales —con sanciones previstas en el contrato o en las normas supletorias—, o a obligaciones fijadas exclusiva o primordialmente por el ordenamiento, con sanciones que sólo tienen fuente en este último y calificables como “potestad sancionatoria administrativa”.

¹⁵ Fallos 334:1216.

b) Por ello se hace necesario, en mi opinión, acudir a un segundo elemento justificante de la diferenciación, esto es: si la infracción lo es a un contenido contractual puro o a un tipo descripto por el ordenamiento.

Este tema es de difícil abordaje cuando el ordenamiento toma al incumplimiento contractual como tipo infraccional de la potestad sancionatoria administrativa o cuando la convención toma al tipo legal como obligación contractual y más grave aún cuando la separación de fuentes se hace compleja.

La materia parece especialmente grave porque, en algunas jurisdicciones locales, como en el artículo 2 del Régimen de Contrataciones de la Provincia de La Pampa, se expresa: "Las contrataciones se regirán por las disposiciones de este Reglamento y por las contenidas en las respectivas cláusulas particulares. Los organismos licitantes establecerán las cláusulas particulares que correspondan respecto de la prestación que se ha de contratar, y no podrán incluir en ellas requisitos o condiciones que se aparten de lo determinado en este Reglamento" y el capítulo XII de ese Reglamento establece las penalidades contractuales.

En tal contexto, es válido preguntarse si una cláusula del contrato que establece facultades correctivas a favor de la Administración, distintas de las previstas en el Reglamento sería inválida por imponer requisitos y condiciones no previstos en la ley.

Tengo en claro que podría invocarse que la competencia del funcionario en la creación de facultades correctivas en el ámbito convencional está limitada expresamente por la ley, en el caso el Reglamento de Contrataciones, que le vedaría incorporar "otros requisitos o condiciones" en materia debidamente reglada por la norma que nos ocupa.

Pero tampoco podría soslayarse que una interpretación razonable de la norma, sin necesidad de ocurrir al principio de especialidad de la competencia, obliga a concluir que los requisitos y condiciones a que alude el artículo 2 del Régimen de Contrataciones de la Provincia de La Pampa se refieren a los procesos de selección y no a los recaudos de ejecución de los contratos y que la inclusión de especificaciones en este campo se justifica porque tales recaudos tienen fuente convencional y no legal.

En caso de validar la convención, debería todavía examinarse si unas y otras, esto es: las penalidades previstas en la convención y aquellas consideradas por el Reglamento deben por ese sólo hecho entenderse facultad correctiva (emanadas de la convención) o potestad sancionatoria (emanadas del reglamento).

De manera que deberá profundizarse cada caso en particular para determinar si la infracción es a las obligaciones contractuales o legales y si la sanción tiene su fuente en el contrato o en la norma legal en sentido amplio.

Pero no habrá que alarmarse por esta referencia al Régimen de La Pampa, en el régimen federal se ven cuestiones parecidas. Para poner sólo algunos ejemplos,

en el art. 126 del nuevo Reglamento federal, la sanción de pérdida de la garantía de oferta tendrá origen en el ordenamiento y no en el contrato, mientras que las multas por mora, deberán considerarse de la facultad correctiva. De otro lado, la sanción de apercibimiento por rescisión del contrato por causas que le fueran imputables, debería atribuirse al ámbito de la facultad correctiva, con base en la causal ahora considerada; mientras que la que prevé igual apercibimiento por “el incumplimiento por parte del cocontratante de obligaciones tributarias o previsionales...” debería entenderse inherente a la potestad sancionatoria administrativa.

Pongamos en claro que la referencia al incumplimiento de un deber surgido del ordenamiento deberá prescindir de su eventual repetición en las cláusulas contractuales, cuando el contenido ordenatorio de la disposición legal —en sentido amplio— hace irrelevante aquel traslado, porque aún sin estar en el contrato la conducta continuaría siendo infracción.

c) Examinemos ahora el criterio que postula basar la distinción en el campo en el que opera la sanción. Esto es, que la diferencia de potestad se base en que la sanción misma implique una consecuencia en el territorio contractual o fuera de tal territorio.

El criterio es de difícil admisión, porque una multa por mora (típico ejemplo de potestad correctiva) siempre escapará al estricto marco de las prestaciones del contrato, ya que deberá pagarse con fondos del contratista que no necesariamente se identifican con la disminución de su prestación; lo mismo ocurre con la pérdida de la garantía de cumplimiento, que no es una prestación típica del contrato.

Por otro lado, la absoluta intercomunicación de infracción y sanciones hace difícil admitir este criterio diferenciador. Así, el artículo 131 del Reglamento aprobado por el Decreto 893/2012, para el régimen federal autoriza la “sanción” de “Apercibimiento”, supuestamente integrada a la potestad sancionatoria de la Administración, como consecuencia de la “rescisión parcial del contrato por culpa del contratista”, infracción que parece claramente propia del régimen convencional.

d) El cuarto criterio supone autorizar al legislador a marcar la distinción entre potestad correctiva y sancionatoria.

En el caso del sistema federal, pareciera que el Reglamento delegado 1023/2001 intenta imponer tal punto de vista, dividiendo la cuestión entre sanciones y penalidades. En este marco, pareciera haber considerado el ámbito de efectos de la sanción para escindir entre facultad correctiva y sancionatoria, a mi juicio de manera inadecuada, porque en algunos casos —como en la pérdida de la garantía de oferta— lo hacer respecto de quienes ni siquiera tienen anudada una relación contractual y con efectos fuera de las prestaciones de un contrato.

Y si bien las sanciones parecieran pretender esparcir sus efectos más allá del contrato y afectar la idoneidad del destinatario para contratar con la administración,

por fuera del acuerdo en cuyo marco pudiera registrarse el incumplimiento, es difícil postular que cuando ellas encuentran sustento en el incumplimiento de deberes contractuales típicos, como es el caso de las infracciones previstas en el artículo 101, inciso a), apartados 1 y 2, e inciso b), apartados 1 y 2, no sean del ámbito de la potestad correctiva, a los efectos de morigerar el principio de tipicidad, según se verá.

La pretensión de librar el encuadramiento a la mera voluntad del legislador resulta peligrosa, en especial si no habremos de aplicar iguales criterios de interpretación sobre la extensión de la potestad en uno y otro caso.

Desde hace mucho tiempo que vengo sosteniendo que la inexistencia de diferenciación ontológica entre delitos y faltas ha permitido que el legislador traslade figuras del campo del Código Penal al ámbito del derecho administrativo sancionador y que ello obliga a exigir que el régimen jurídico circundante de unas y otras deba ser idéntico, porque de otra manera podría usarse el procedimiento para eliminar garantías de la libertad.¹⁶

Más allá de entender que el orden jurídico no podría válidamente transferir de uno a otro ámbito las infracciones ni las sanciones, creo que la decisión de las normas federales de atribuir la distinción al ámbito en que tiene efectos la sanción, es inadecuado y de difícil concreción en la realidad.

Para arribar a tal conclusión tengo en cuenta que la justificación de la distinción marcada en la jurisprudencia. A ese efecto, permítase repetir el criterio: "... en la facultad correctiva el principio de legalidad no muestra la rigidez específica de la potestad sancionatoria en general, pues no se contempla aquí una infracción administrativa sino el incumplimiento de una obligación contractual voluntariamente aceptada dentro del marco que impone la debida prestación del servicio; incumplimiento que es objetivamente imputable al concesionario mientras no se pruebe la culpa de la concedente o la configuración de alguna causal estatuida en el contrato o en las normas que de manera general disciplinan la prestación de aquél...".

De lo expuesto se desprende que la distinción no puede hallarse en el contenido de la sanción o su esfera de incumbencia, sino en la infracción y el origen de la facultad de imponerla, pues es la circunstancia de hallarse la infracción y la facultad de sancionar surgida de una cláusula contractual lo que permite la relajación de los principios de legalidad y tipicidad, autorizando el ingreso de la analogía y de otros conceptos mucho más vinculados a las cláusulas contractuales que al derecho administrativo sancionador.

Siendo ello así, no es posible justificar la diferencia en el destino de la sanción, esto es: si aquella se vincula al ámbito estricto de las prestaciones contractuales,

¹⁶ García Pullés, Fernando – La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante. Una nueva y acertada doctrina de la Corte, publicado en Revista: Jurisprudencia Argentina, suplemento de Derecho Administrativo, Año 2006, Septiembre, p. 3 y ss.

como tampoco en la competencia del sancionador, porque aquello que aquí interesa es si la infracción lo es a un deber normativo o a un deber convencional.

e) Finalmente, podría acudirse a una distinción formal con base en la autoridad que impone las sanciones y decirse, con apoyo en el régimen federal, que las facultades correctivas son competencia de la autoridad competente para decidir el contrato mientras que el ejercicio de la potestad sancionatoria se atribuye a la Oficina Nacional de Contrataciones.

Esta pauta tampoco es admisible, no sólo porque el criterio competencial debe seguir a la distinta naturaleza de las cosas, y no a la inversa, sino porque este criterio resultaría meramente dogmático —en tanto vinculado con el exclusivo fundamento normativo invalidado en el apartado anterior— además de tardío para el intérprete.

IV La facultad correctiva, una verdadera facultad de sancionar otorgada a la Administración

Cuando nos hallamos frente a la infracción de un deber convencional, la Administración no utiliza una potestad que tiene fuente directa en el ordenamiento; ejercita las atribuciones que le brinda el contrato para apercibir, multar o resolver la convención.

Esta réplica de la Administración a un incumplimiento es una sanción porque, a pesar de la opinión de Botassi, tiene un contenido retributivo que excede a la reparación del daño y ello aparece ahora claramente corroborado por el art. 130 del nuevo Reglamento aprobado por el Decreto 893/2012 para las contrataciones administrativas federales, cuando indica que “La ejecución de las garantías o la iniciación de las acciones destinadas a obtener el cobro de las mismas, tendrán lugar sin perjuicio de la aplicación de las multas que correspondan o de las acciones judiciales que se ejerzan para obtener el resarcimiento integral de los daños que los incumplimientos... hubieran ocasionado”.

Es claro, por lo tanto, que la sanción que aplica la Administración no tiene por finalidad obtener un resarcimiento, sino imponer un mal por el incumplimiento. Pero esta facultad de la Administración de imponer sanciones a sus co-contratantes, no es uniforme. Ni siquiera forma parte de una misma potestad y este es el error que vengo trayendo desde hace algunos años y del que quiero arrepentirme y corregirme aquí.

Aún en el territorio de los contratos o sus cercanías (como en el caso de los procedimientos de selección) la Administración puede imponer sanciones, ejerciendo la potestad que le brinda el ordenamiento o bien el derecho que le otorga la convención.

A esta altura, sería lícito preguntarse a qué viene tanto empeño en establecer un claro territorio para estas dos categorías y esta es la materia del tercer punto de este examen.

V Las consecuencias de la pertenencia a uno u otro ámbito

5.1 El terreno general – Vinculación con los deberes generales de la Administración

Es que excluir del ámbito de la potestad sancionatoria a las sanciones que se fundan en las cláusulas expresas o implícitas del contrato, implicará inmediatamente, según sostiene la jurisprudencia citada, un relajamiento de los requisitos que son recaudo para el legítimo ejercicio de aquella potestad, esto es: de la necesidad de demostrar la existencia de ley formal que haga remisión al reglamento, la exigencia de la imputación normativa del resultado en los casos de responsabilidad objetiva o solidaria, la razonabilidad de las causas de exculpación en la aplicación objetiva de la responsabilidad, etc.

Un distinto criterio hubo de sostener Ismael Farrando, quien reclamó la plena vigencia de los principios del derecho administrativo sancionador, también en el campo correctivo, aunque la jurisprudencia citada parece seguir el criterio de la amplitud en el ámbito de la potestad correctiva.

Tengo para mí que el apartamiento será mucho mayor que este mero relajamiento. Cuando nos situamos en un derecho de sancionar derivado de la convención, es imposible pretender razonar con criterios de legalidad, remisión reglamentaria, culpabilidad básicamente subjetiva a falta de disposición legal expresa en contrario, necesidad de procedimiento previo con ejercicio del derecho de defensa, etc. Basta situarse en los términos de un contrato entre privados para advertir que el ejercicio de los derechos de una parte de sancionar a la otra con cláusulas penales contractuales, en modo alguno está condicionado a aquellas sujeciones, por lo que mal podría invocarse su existencia en el campo del contrato administrativo, en el que —supuestamente— la procura del interés público justifica aún mayor exorbitancia.

Cuando uno piensa en un legislador que otorga a alguien (juez o administrador) la potestad de imponer sanciones, piensa con criterio de norma previa, cierta, escrita y estricta. Distintamente, cuando se sumerge a interpretar la voluntad negocial piensa en implícitos, en buena fe, en conducta posterior de las partes que interpreta el acuerdo, en analogía y en integración. Como ven, no es sólo relajamiento del principio de legalidad, sino su sustitución por el principio de “convencionalidad” o “contractualidad”.

Pero deberá quedar en claro que ese “relajamiento” o “sustitución” no supone la extinción de todo recaudo de legalidad o normatividad previa, imputación o razonabilidad, pues paralela a esta “facultad correctiva” que es otorgada a “la Administración” y no a los funcionarios, está la limitación de estos últimos, que sólo pueden hacer aquello que las normas competenciales les atribuyen, criterio que a mi juicio aquí tampoco podría salvarse acudiendo al principio de la especialidad de la competencia, como lo ha indicado de manera general Campolietti en nuestro país.

De tal modo, aún en el marco de la potestad correctiva, el funcionario deberá cumplir con los elementos esenciales del acto administrativo y verificar la reunión de los elementos que lo tornen válido y lícito. Y allí nos aproximaremos en los recaudos, pero no ya por un imperativo de la naturaleza de la potestad que así lo requiera, sino por exigencia de las “normas de competencia” y de las “normas de conducta” como dijera Villar de Palasí.

5.2 El exceso de punición. Buena fe contractual e ilegitimidad

Ahora bien, si la fuente del poder de sancionar es la convención, ¿deberá seguirse que cualquier sanción pactada en el contrato deberá considerarse legítima en orden a su proporcionalidad?

La lectura del texto del Reglamento aprobado por Decreto 893/2012, no me permite contestar afirmativamente a esta pregunta. Por cierto, el artículo 127 de dicho Reglamento federal establece que las multas no podrán superar el 100% del monto del contrato, precepto que ha sido expresamente ratificado por doctrina reciente de la Procuración del Tesoro de la Nación.¹⁷

A mi juicio, este precepto constituye una típica autorización de exceso de punición que vulnera el deber de buena fe, pues una multa podría permitir transformar al contrato en gratuito y esto significaría la desvirtuación de la finalidad del sistema correctivo.

Adviértase que, en materia de multas moratorias, si el artículo 126, apartado c), acápite 1 establece que se aplicará una multa del 0,5% por cada diez (10) días hábiles de atraso, para arribar al máximo de la multa, deberíamos llegar a doscientos (200) días hábiles de demora, lapso que no es compatible con la conservación del contrato ni con el deber de los funcionarios públicos de privilegiar su eficacia, eficiencia y razonabilidad para cumplir su finalidad, en términos del art. 3 del Decreto 1.023/2001.

La norma del art. 127 es ilegítima, no porque no tenga anclaje en la ley, pues podría contestarse que como es propia de las facultades correctivas no lo necesita especialmente. Lo es porque viola claramente el principio de buena fe y permite que la Administración abuse de su facultad correctiva beneficiándose con un resultado económico que no sólo estriba en el incumplimiento del co-contratante, sino también en la incuria de los funcionarios de no rescindir por culpa un contrato en tales circunstancias.

Como he venido sosteniendo desde hace algún tiempo, la Administración, cuya misión es realizar el derecho y no meramente someterse a la legalidad, se encuentra expresamente vinculada por la buena fe, y la violación de esta sujeción —como lo

¹⁷ Dictámenes 266:122 y sus citas.

vienen demostrando los últimos fallos de la Corte Suprema en materia de contratos de empleo público, que también son contratos administrativos, aunque no estén sometidos a las normas que ahora estudiamos— torna ilícitos los actos administrativos e impone el deber de indemnizar.

Y me parece claro que el deber de actuar de buena fe no puede ser soslayado por la cobertura de una norma reglamentaria con una atribución competencial.

5.3 La finalidad de la potestad correctiva y de la potestad sancionatoria, su incidencia en el modo de ejercicio

La tercera cuestión que me parece importante, a la hora de marcar las consecuencias de la distinción, que justifican una diversa labor del intérprete, es la cuestión de las finalidades de unas y otras.

Es en este sentido que Farrando ha dicho, entre nosotros, que “... la finalidad de las sanciones contractuales no es el castigo sino, por el contrario, el aseguramiento de que el contratista efectúe las prestaciones a que se ha comprometido en el contrato”.¹⁸

Creo que la afirmación es válida para la potestad correctiva, pero no para la potestad sancionatoria.

Porque en el primero de los casos, la finalidad de la sanción correctiva es actuar como principio de prevención general o especial (esto es, en la terminología penal: evitar que la infracción se reitere o se cometa), mientras que las “sanciones sancionatorias” tienen por objeto evitar que la Administración contrate con quien ha fallado a sus deberes, concretando así un típico ejemplo de policía doméstica o potestad de autoprotección, aunque advierto anticipadamente que en modo alguno justifico los criterios de quienes sostienen que esta pertenencia autoriza a escapar de los principios del derecho administrativo sancionador y las garantías que le son propias.

Esta diversidad de fines será esencial a la hora de interpretar las infracciones, pero también a la hora de morigerar las sanciones y hasta de considerar cómo ha de desarrollarse el procedimiento para aplicar unas u otras. En tal sentido, no será ocioso recordar que el acto administrativo —en su regulación en la República Argentina por la Ley 19.549— debe cumplir con la finalidad que resultan de las normas, aclarándose especialmente que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad” (art. 7º, inc. f) “in fine” de la ley recién citada).

¹⁸ Farrando, Ismael – Sanciones contractuales, en *Contratos Administrativos*, Ismael Farrando director, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs.As. 2002, p. 567 y ss.

5.4 ¿La convención es el límite de la facultad correctiva?

Otro de los temas que suscita el reconocimiento de esta facultad correctiva es el debate sobre la admisión de infracciones y sanciones por fuera de las cláusulas contractuales.

Es claro que ello ocurre en el caso de las infracciones y sanciones de la potestad administrativa sancionatoria, que obviamente se encuentran fuera de las cláusulas contractuales, pero puede ello también predicarse respecto de las fundadas en la facultad correctiva?

La doctrina española reconoce la conservación de una potestad implícita de la Administración en materia contractual. Botassi, hace algunos años, en una exposición en las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, negó firmemente esta alternativa, que pareciera ser también la posición de Farrando.

Me parece que la cuestión se vincula con la tutela del interés público comprometido en la contratación, y que Bandeira de Melo hubo de señalar, entre nosotros, que "... sólo se puede hablar de Derecho Administrativo sobre la base del presupuesto de que existan principios que le son peculiares y que guardan entre sí una relación lógica de coherencia y unidad que forman un régimen jurídico-administrativo, delimitado en función de la consagración de dos principios: a) la supremacía del interés público sobre el privado y b) la indisponibilidad por la Administración de los intereses públicos".¹⁹

Sin embargo, me inclino por rechazar la idea de una facultad liberada de los límites establecidos en estipulaciones concretas, porque la fuente del poder de corregir está en la convención y no en las facultades exorbitantes de protección del interés público, para lo cual existen las potestades sancionatorias de la Administración, que exigen el cumplimiento al principio de legalidad y la tipicidad infraccional, como lo ha mostrado el fallo "Volcoff".

En este sentido, me parece ilustrativa la mención que hace el artículo 126, inciso c) apartado 2 del nuevo Reglamento, cuando establece que "En el caso de los contratos de servicios o de tracto sucesivo, los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever la aplicación de multas por distintas transgresiones vinculadas a las prestaciones a cargo del proveedor", lo cual hace pensar que si no están previstas en el Pliego o en el contrato, esas penalidades no podrían aplicarse.

Pero así como señalo que sólo con una base contractual explícita o implícita puede haber una penalidad correctiva, destaco también que sólo con una norma expresa habrá potestad sancionatoria de la Administración.

¹⁹ Bandeira de Melo, Celso Antonio – Curso de derecho administrativo, 26ª edición, São Paulo, Malheiros 2009, p. 52, la traducción es propia.

Es que el ejercicio de la potestad sancionatoria y no de las facultades correctivas aún en el ámbito del contrato, debe ser expresa y celosamente calificado por el principio de legalidad, sin que pueda hablarse de facultades implícitas para ejercerse contra los co-contratantes.

5.5 El tema del procedimiento previo y los descargos

Creo que hay otros tantos temas para considerar en este campo, que el límite de extensión de la publicación no permite considerar aquí. Permítaseme indicar uno de los que creo más trascendentes: el tema del procedimiento previo, pues el texto del Decreto 1.023/2001 de la República Argentina sólo alude a la falta de efecto suspensivo de las impugnaciones, en general, y el Reglamento aprobado por Decreto 893/2012 no contempla ningún procedimiento para la imposición de unas u otras, mientras que su artículo 129 pareciera considerar un procedimiento de ejecución para las penalidades.

Otra vez aquí cabe considerar la diferencia de regímenes: Algunas de las sanciones correctivas parecen exigir una respuesta inmediata inconciliable con el procedimiento de plena defensa, exigible en el ámbito sancionatorio. Se trata de incumplimientos en los que se presume la responsabilidad. Véase el caso de la pérdida de la garantía de oferta o de adjudicación y se advertirá esta característica.

Estos criterios, sin embargo, no parecen aplicable a la imposición de multas o a la rescisión contractual, que deberían ser precedidos —cuando menos— de un trámite que brinde al co-contratante la oportunidad de ser oído, ofrecer y producir prueba y una resolución fundada, que permita su control jurisdiccional, todo lo cual hallará causa en el art. 7, inc. d) de la Ley 19.549.

Por su parte, los casos de aplicación de “sanciones sancionatorias” requerirán como exigencia de legalidad el cumplimiento del debido proceso adjetivo, en los términos del artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, concretados en los precedentes “Baena vs. Panamá” y “López Mendoza vs. Venezuela”, y en Argentina en una serie de fallos de la Corte Suprema, entre los que cabe citar: “Volcoff”, “Machado c/Colegio Público de Abogados” y “Losicer”, entre muchos otros.

Esta diferenciación no es meramente académica, porque aquí entrarán en juego garantías de nivel supranacional o constitucional, como las relacionadas con el plazo razonable del trámite, la previsibilidad de la sanción o la imposibilidad de saneamiento del vicio de procedimiento, mientras que en el ejercicio de las potestades correctivas, la entidad de estos vicios adquiere una modulación particularmente distinta.

De igual manera, la ejecución de los actos correctivos podrá invocar la autotutela propia del art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que a mi juicio no puede invocarse de manera constitucionalmente admisible para la ejecución de los actos que ejercen la potestad sancionatoria administrativa.

5.6 La necesidad y el deber de resolver la sanción en tiempo adecuado

Otro tema central del procedimiento debe vincularse a su limitación temporal. En efecto, desde el fallo de la Corte Suprema in re “Losicer”, venimos advirtiendo que se ha concretado una garantía largamente reclamada por los ciudadanos en sus conflictos con la Administración y el Poder Judicial, a saber: la de obtener una decisión que aclare su situación jurídica en un tiempo razonable.

Es evidente que este derecho es un derecho humano, pero también que surge de la misma prohibición de autodefensa violenta de los derechos que el Estado, en tanto estado de derecho y de justicia, impone a los ciudadanos para asegurar el imperio de la legalidad en las relaciones interpersonales. Pues esa prohibición, como he señalado hace ya muchos años,²⁰ origina la obligación del Estado de procurar un sistema que brinde respuestas a los pedidos ciudadanos de aplicar el derecho a los conflictos que se susciten.

Pero la cuestión también se vincula con otra finalidad esencial de lo correctivo, porque si la sanción ha de aplicarse en forma discontinuada de la infracción, su finalidad preventiva y de lograr el cumplimiento más adecuado del contrato jamás será alcanzada.

5.7 La potestad correctiva, oficialidad u oportunidad

La última cuestión que me genera dudas es el tema de la oportunidad u oficialidad como principio del derecho administrativo sancionatorio o de las facultades correctivas en este ámbito.

Sabemos que en materia sancionatoria, a despecho de las regulaciones normativa, campea claramente el principio de oportunidad.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativo ha establecido que “Tratándose del ejercicio de una potestad disciplinaria, tanto la apreciación de los hechos configurativos de las faltas que dan motivo a la aplicación de multas, como la graduación de éstas, corresponden por regla al ámbito de la ponderación discrecional de la autoridad bancaria, y sólo son revisables judicialmente para verificar la existencia de posibles vicios de legitimidad o arbitrariedad” (cito a Sala II, “García Belsunce” del 18.11.76 y “Groisman del 13.7.82; Sala III “Devoreal S.A. del 2.10.88; “Banco Delta”, del 5.3.92; “Cambio Avenida”, del 1.6.2000; entre otros).

Será necesario pensar si esto mismo podría predicarse en el marco de contratos administrativos surgidos de procedimientos públicos de selección en los que el

²⁰ Ver García Pullés, Fernando – Tratado de lo Contencioso Administrativo, Ed. Hammurabi, Bs.As. 002, t. I, p. 30 y ss.

principio de igualdad —como sabemos— no sólo es aplicable durante el concurso o la licitación, sino también a lo largo de la ejecución del contrato, criterio que ha reiterado el Decreto 1.023, de modo expreso, en su artículo 3º, apartado f) y en su párrafo final.

Ello porque la omisión de imponer las penalidades a que se refiere el citado Reglamento federal, o las sanciones previstas en los pliegos o pactadas en los contratos, podría afectar aquel principio de igualdad.

¿Legitimaría esta circunstancia a los otros oferentes o a terceros para reclamar la imposición de sanciones al adjudicatario por parte de la Administración? ¿No resultaría esta legitimación la misma que se les acuerda para impugnar una modificación indebida de los términos de los Pliegos o del contrato que dieron origen y marco a las ofertas de los contratantes? Podría alguno de los oferentes o aún un tercero que acreditara haberse hallado en condiciones de ofertar, solicitar en vía administrativa, o aún en sede judicial, la imposición de sanciones, en resguardo del principio de igualdad de la licitación?

Y en tal caso, cuál sería el límite de la facultad judicial? Cabría obligar a la Administración a imponer las sanciones, o debería limitarse a anular cada acto absolutorio.

Creo que este tema exige hacer algunas aclaraciones.

Entiendo que cuando las infracciones consisten en el incumplimiento de prestaciones que modifican la ecuación económico-financiera del contrato, como ocurriría con el atraso o el incumplimiento de los planes de inversión, correspondería reconocer legitimación a los demás oferentes para requerir la aplicación de sanciones en vía administrativa.

Ello no sería más que el complemento necesario de la facultad que se reconoce en el artículo 19 del Decreto 1.023/2001 a cualquier persona que acredite algún interés, a tomar vista de los actuados hasta el fin del contrato.

Tengo precisamente en cuenta que se hablará de las razones de interés público que podría calibrar la Administración para no imponer tales sanciones, pero me parece que ellas deben ceder ante el respeto al principio de igualdad, de concurrencia y de transparencia en la contratación, porque de otro modo también se cohonestaría la modificación del contrato, luego de la adjudicación, por razones de interés público.

En este marco habría que ponderar si el orden de los principios expuestos en el artículo 3º del Decreto 1.023/2001 de la República Argentina constituye una enumeración jerárquica o no, criterio que a mi juicio no debería admitirse, por entender que en este campo es menester privilegiar el principio de igualdad, cuya concreción da cuenta de la transparencia en el accionar administrativo y encarna la concurrencia en sus justos límites.

Como se advierte, el desarrollo de la facultad correctiva y la potestad sancionatoria de la Administración en el ámbito de los contratos administrativos da origen a

numerosos problemas, e invita a pensar en soluciones que pueden mejorar las hasta ahora existentes, porque hay batallas que todavía pueden darse y las que no se puede abandonar pensando en la enormidad de la tarea.

Epílogo

El debate invita a gestas futuras trascendentes, como las de Borges. Recuerdo, pues que: Hace apenas cuarenta años, una tarde de huelga general como la de mañana, en el contexto de una Facultad de Letras signada por la impronta del hoy llamado progresismo, Borges llegaba tarde para la apertura de su clase de Literatura Inglesa. Al verlo demorado, el bedel le preguntó —con una sonrisa— si se había plegado a la huelga. El maestro le respondió que su tardanza se debía a que se había detenido para afiliarse al partido conservador. Desconcertado, el bedel le dijo si no le parecía una afiliación contraria a los tiempos y a la evolución del hombre, a lo que Borges respondió: No, porque es de caballeros defender las causas perdidas.²¹

Sanctioning Prerogative and Corrective Competence in the Administrative Contracts in Argentina Republic

Abstract: The study aims to analyze: (i) if the sanctioning competence of the Administration in the field of administrative contracts is a single competence, or if it has species so different as to impede their assimilated treatment; (ii) what criteria justify distinguishing sanctioning competence from corrective competence in the field of administrative contracts; (iii) if the legal norms that regulate these contracts take into account the distinction or avoid it and adopts a different one; and (iv) what are the consequences of these positions to practice and daily life in the administration of public contracts.

Key words: Sanctioning competences. Corrective competence of Public Administration. Public contracts. Argentina Republic.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GARCÍA PULLÉS, Fernando. Potestad sancionatoria y facultad correctiva en la contratación administrativa en la republica argentina. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 13-33, abr./jun. 2014.

Recebido em: 03.06.2013

Aprovado em: 12.02.2014

²¹ Ver <www.myriades1.com>, “Borges como profesor”, de Josefina García Pullés.