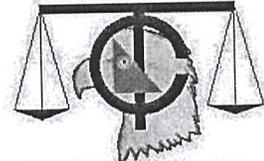




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2020 - Año del General Manuel Belgrano"

Dictamen Legal N° 9/2020

Letra: T.C.P. - A.L.

Exptes: N° 715-D-2020, 1192-C-2020, 1870-D-2020.

Ushuaia, 28 de Agosto 2020.

**SEÑOR SECRETARIO LEGAL A/C
DR. PABLO GENNARO.**

Vienen a esta Asesoría Letrada los expedientes del corresponde, caratulados: "*S/ SERVICIO DE LIMPIEZA EDIFICIOS USHUAIA ENERO 2020*", "*S/ SERVICIO DE LIMPIEZA – MES DE FEBRERO 2020 F.B. N*2-9480*" y "*S/ SERVICIO DE LIMPIEZA EDIFICIOS USHUAIA ABRIL 2020*", a fin de evacuar la consulta legal formulada por el Auditor Fiscal C.P.N. Daniel MALDONES.

I.- OBJETO.

Así a través de la Nota Interna N° 1159/2020 Letra: TCP -Deleg. OSPTF, se realiza una consulta legal con motivo de la finalización del contrato de locación de servicios de limpieza de la Obra Social registrado bajo el N° 104 y su posterior prórroga por cuatro (4) meses mediante Adenda de Convenio N° 03/20, modificada por Resolución de Presidencia OSPTF N° 231/20.

Advierte el Auditor que hubo un Dictamen Legal (D.J. y L. N° 006/2020) y que de la lectura de los actos administrativos, en particular de la Resolución de Presidencia N° 231/2020, surge la duda jurídica en relación a las cláusulas primera y segunda por las que se acuerda, respectivamente, prorrogar el contrato que oportunamente firmaron, a partir del 21 de enero de 2020 y por el término de cuatro meses y, por otro lado, aumentar el monto en los términos y limitaciones

establecidos en el Decreto 674/11, art. 34, inc. 67, apartado a), siendo un monto mensual de \$ 409.200,00 y monto total de la contratación \$ 1.636.800,00.

Sobre el particular indica que ambas cláusulas acordadas incumplirían con lo establecido en el citado Decreto, ya que no se habrían respetado las condiciones allí establecidas, tanto para la prórroga como para el aumento del precio pactado en el contrato original.

Las actuaciones fueron remitidas por Nota Interna N° 1216/2020 Letra: T.C.P.-S.C. por el Secretario Contable a/c C.P. Rafael CHORÉN.

II.- ANÁLISIS.

La consulta formulada tiene que ver con el ejercicio de una de las potestades con las que cuenta la Administración en el marco de sus contrataciones y que se denomina el "*ius variandi*".

En función de dicha potestad el Estado puede modificar unilateralmente el contrato con ciertos límites, es decir, por ejemplo aumentar o disminuir el total contratado con el límite de hasta un veinte por ciento en las condiciones y precios pactados originariamente. Por el contrario, el contratista particular no puede modificar el contrato por sí solo, así como tampoco las partes en el marco del Derecho Privado (conf. Carlos F. BALBÍN, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, "*Los contratos administrativos*", p. 574, ed. LA LEY).

Ello se vincula con la existencia de las denominadas cláusulas exorbitantes de los contratos administrativos en relación al Derecho Común, definidas como aquellas que están fuera de la órbita normal del Derecho Privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas (conf. Jorge H. SARMIENTO GARCÍA, "*El ius variandi y los Contratos Administrativos*" en "*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Segunda Edición*", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, p. 274, Ediciones RAP).



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2020 - Año del General Manuel Belgrano"

Así se ha indicado: “(...) *si la cláusula exorbitante es una ‘potestad administrativa’, tales potestades pueden conceptualizarse diciendo que son ciertas atribuciones de los entes ú órganos que ejercen funciones administrativas, necesarias para desarrollar tales actividades y lograr los fines perseguidos con ello, por lo que las potestades –que son atribuciones- integran el concepto de competencia, la cual está determinada por el derecho objetivo y, por consiguiente, como ninguna competencia puede existir en el ámbito del derecho administrativo sin una regla de derecho, no existe potestad administrativa sin una regla de derecho que la regule, lo que significa que en la base de toda afirmación de competencia (y por ende de potestad) habrá siempre un texto habilitante*” (op. cit. p. 277).

Ahora bien ello no quita que más allá de las potestades expresas (en la ley o el contrato) también existen las potestades razonablemente implícitas en ciertos contratos de la administración, se trata de competencias razonablemente implícitas en el ordenamiento jurídico (conf. op. cit. p. 278).

Concretamente respecto del “*ius variandi*” se indica: “*Es común aseverar que una de las más importantes atribuciones de la administración es la de exigir la adecuación del contrato a las nuevas necesidades y a los mejoramientos técnicos, introduciendo las modificaciones del caso, estando el cocontratante correlativamente obligado a aceptar tales modificaciones*” (op. cit. p. 280).

Pero dicha atribución tiene límites, ya que exige siempre un texto habilitante, expreso o razonablemente implícito (conf. op. cit. p. 284). En nuestro ordenamiento dicha potestad está expresamente prevista en el Decreto provincial N° 674/11, art. 34, inc. 67, y como tal, tiene ciertos límites.

Así dispone el Decreto 674/11, art. 34, inc. 67: “**AUMENTO O DISMINUCIÓN DE LA PRESTACIÓN.** El organismo licitante con autorización de la autoridad competente tendrá derecho a: a) **Aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%) el total adjudicado, en las condiciones y precios pactados.** Ese porcentaje podrá incidir tanto en la entrega total como en las entregas parciales.

b) ***Prorrogar en las condiciones y precios pactados, los contratos de prestaciones de cumplimiento sucesivo (abastecimiento de víveres, forrajes, combustibles, prestaciones de servicios) por un plazo que no excederá el veinte por ciento (20%) del término establecido para el contrato, con las modificaciones que se hubieren introducido de conformidad con el apartado a) o sin ellas. A efectos del ejercicio de esta facultad el organismo licitante deberá emitir la orden de compra pertinente antes del vencimiento de la vigencia del contrato (...)***” (lo resaltado es propio).

Tal como puede apreciarse, el inciso a) refiere a las cantidades y el b) al plazo. En ambos supuestos la Administración puede disponer una modificación (ejercicio del *ius variandi*) pero deben cumplirse ciertos recaudos, a saber: (1) tanto el aumento/disminución de las cantidades como la prórroga no pueden exceder el 20% ya sea de lo contratado o del término del contrato, y (2) deben respetarse siempre en las condiciones o precios pactados originalmente. En esos casos el particular está obligado a aceptarlo.

De manera que la Administración no puede válidamente ejercer dicha potestad con una modificación de los precios, sino que deben ser los mismos que los del contrato original y, por otro lado, la opción de prórroga debe ejercerse siempre antes del vencimiento del contrato original.

El incumplimiento de tales recaudos provoca la violación del procedimiento de contratación (con la afectación del elemento forma del contrato, previsto en el artículo 99, inc. d) de la Ley provincial N° 141) y de los principios de igualdad y concurrencia, ya que modificaciones por encima de dichos límites no implican un ejercicio válido del *ius variandi*, sino que obligan a la Administración a celebrar un nuevo llamado, con las nuevas pautas de contratación.

Así las cosas, tal como lo advierte el Auditor Interno a fs. 84, no podría abonarse una suma por encima del precio pactado para el segundo año del contrato (\$ 341.020,00 mensuales).



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2020 - Año del General Manuel Belgrano"

Contrariamente a lo señalado en el Dictamen Legal 006/2020 agregado a fs. 87, el precio original no es el "punto de partida" para calcular el 20% en la prórroga. Las condiciones y el precio deben respetarse para un ejercicio válido del *ius variandi*, tal como se expresara *ut supra*, siendo claro el Decreto provincial N° 674/11, art. 34, inc. 67 en este punto.

Ahora bien, un dato no menor en cuanto al encuadramiento jurídico, es que el contrato original preveía la opción de prórroga, en cuyo caso no se trataría del ejercicio de la potestad del *ius variandi* propiamente dicha, ya que en ese caso no habría una modificación propiamente dicha, sino que se trataría del cumplimiento de una previsión contractual.

Cuando la prórroga se determina expresamente en el llamado y luego se vuelca en el contrato, no existe el límite del 20%, ya que no estamos ante el ejercicio del *ius variandi*, sino –como se dijo– del cumplimiento de una previsión contractual expresa. Sin embargo, dado que en este caso no se determina el plazo de la prórroga en términos claros, no resulta viable encuadrarlo en el marco contractual.

III. CONCLUSIÓN.

Así las cosas, conforme surge de la normativa y la Doctrina precitada, dentro de las potestades de la Administración en materia contractual, existe la el *ius variandi*, que consiste en la posibilidad de disponer una modificación en forma unilateral de los contratos, sin que se requiera el consentimiento del contratista particular.

Sin embargo, tal como quedó expresado, ello puede ejercerse dentro de ciertos límites, los que en nuestro ordenamiento surgen expresos del Decreto provincial N° 674/11, como quedó aclarado más arriba, es decir, no puede excederse el 20% del plazo original y/o del total contratado y, a su vez, deben respetarse las condiciones y precios pactados en el contrato original.

Consecuentemente, considerando los antecedentes del caso, si bien podía disponerse una extensión del plazo (que no podría ser más del 20% del plazo original de 24 meses) el precio a pagar por dicha prórroga debía ser el mismo que el

dispuesto para el segundo año del contrato, ya que una de las condiciones para el ejercicio válido del *ius variandi* es la inalterabilidad de los precios pactados contractualmente.

Elevo el presente a su consideración.



Dra. María Julia DE LA FUENTE
Asesora Letrada
Tribunal de Cuentas de la Provincia



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2020 - Año del General Manuel Belgrano"

Exptes. N° 715-D-2020, 1192-C-2020, 1870-D-2020

Ushuaia, 31 de Agosto de 2020

SR. AUDITOR FISCAL
A/C SECRETARÍA CONTABLE
C.P. RAFAEL A. CHORÉN

Comparto los términos del Dictamen Legal N° 9/2020, Letra:
T.C.P. - A.L., suscripto por la Dra. María Julia De La Fuente en el marco de los
Expedientes de referencia caratulados "*SERVICIO DE LIMPIEZA EDIFICIOS
USHUAIA ENERO 2020*", "*S/SERVICIO DE LIMPIEZA - MES DE FEBRERO
2020 FB.N*2-9480*" y "*S/SERVICIO DE LIMPIEZA EDIFICIOS USHUAIA
ABRIL 2020*"

Por lo expuesto, se giran las presentes para su continuidad.

Dr. Pablo E. GENNARO
a/c de la Secretaría Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia

15

15

15

15