



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

## El ius variandi en la contratación administrativa

Por Dr. Julio Isidro Altamira Gigena.

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (RA).

Académico Presidente (2016-2019)

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (R.A.)

### **Sumario:**

1. Objeto, 2. Introducción: Actividad contractual de la Administración Pública, 3. Diferencia entre los contratos regidos por el Derecho Privado y el Derecho Administrativo, 4. Ius Variandi, 5. Ius variandi en los contratos de empleo público, 6. Conclusión.

### **1. Objeto:**

El presente trabajo tiene por finalidad rendir un merecido homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez y agradezco a la Dra. Graciela Ruocco por haberme invitado a participar de esta obra colectiva.

El Dr. Durán Martínez es un profundo conocedor del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en especial. Además se ha destacado por ser un brillante profesor y un sobresaliente investigador.

Esta colaboración no sólo se va a referir a la teoría del ius variandi en la contratación administrativa, sino que además haré conocer distintos hechos que han sucedido durante los 57 años que ejercí como abogado, en el que generalmente la mutabilidad del contrato se ha producido por razones de interés público, pero en algunas oportunidades se hicieron para beneficiar al contratista o para perjudicarlo. Lo mismo sucedió con relación a los empleados públicos aduciendo el ius variandi.

### **2. Introducción: Actividad contractual de la Administración pública.**

Es por todos conocido que los órganos estatales se vinculan entre sí mediante relaciones jurídicas, cuyas voluntades intervinientes apuntan a un mismo fin. O sea que tienen finalidad coincidentes, como cuando la Dirección Nacional de Vialidad, la Provincial y la Municipal, se vinculan entre sí con la finalidad de colaborar para la ejecución de una obra

pública; por ejemplo, un camino, desagües, cloacas, etc, que van a beneficiar a la comunidad.

En este caso la doctrina en general acepta que la relación jurídica entre estos órganos es de naturaleza contractual, y para algunos administrativistas<sup>1</sup> son los únicos contratos a los que se puede nominar administrativos, ya que hay quienes niegan la existencia de estos contratos cuando uno de los sujetos intervinientes es un particular.

En otras oportunidades un órgano de la Administración se vincula con un particular para la realización de una obra pública o para la prestación de un servicio público y, en ese caso, hay autores como Sayagués Lazo<sup>2</sup>, que sostienen que hay intereses contrapuestos. En cambio, hay otros, como Delpiazzo<sup>3</sup> que afirman la existencia de fines diversos sin necesidad de que sean contrapuestos, opinión que comparto, ya que ambas partes desean que la obra se realice o que el servicio se preste.<sup>4</sup>

### **3. Diferencia entre los contratos regidos por el Derecho Privado y el Derecho Administrativo.**

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández<sup>5</sup> sostienen: "... Los contratos civiles... suponen esencialmente la existencia de los contratantes en pie de igualdad... mientras que en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida que una de ellas represente el interés general, el servicio público y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés. La presencia del interés público determinará entonces que el contratante de la Administración titular de servicio público no esté obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con el cual consciente en colaborar; la Administración, por su parte, lo estará igualmente, más allá de lo que es propio del Derecho común, a indemnizar al contratista en caso de que la ampliación de sus obligaciones cause a éste un perjuicio anormal, que no podría razonablemente prever en el momento de contratar..."

En los contratos regidos por el Derecho Privado las partes son jurídicamente iguales y tienen amplia libertad para su formulación, su ejecución y la finalización del mismo, ya que existe el principio de "*pacta sunt servanda*", que viene desde el Derecho Romano y significa que ambas partes están obligadas a cumplir el contrato porque sus cláusulas son ley y, por lo tanto, deben respetarse como a la ley misma. Los derechos y obligaciones contraídas son inmutables, ya que solo excepcionalmente se pueden modificar y hace al

---

<sup>1</sup> Zanobini, G.: "Curso de Derecho Administrativo". Buenos Aires, 1954. pág. 212.

<sup>2</sup> Sayagués Lazo, Enrique: "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo 1959, T. I, pág. 529.

<sup>3</sup> Delpiazzo, Carlos E.: "Contratación Administrativa", Montevideo 1999, pág. 7.

<sup>4</sup> Altamira Gigena, Julio Isidro: "Lecciones de Derecho Administrativo", 3ª edición, Córdoba 2016, pág 291.

<sup>5</sup> García de Enterría Eduardo y Tomas Ramón Fernández: "Curso de Derecho Administrativo". Madrid 1999. T 1. pág 671.

principio de la seguridad jurídica y a la previsibilidad. Además, lo que el *mutuus consensus* ha formado solo el *mutuus disensus* lo disuelve.

En el Derecho Privado rige el principio de la autonomía de la voluntad y la teoría del equilibrio e igualdad de los intervinientes en una contratación, siguiendo lo establecido en el Código de Napoleón, que se asentaba en la libertad del consentimiento prestado por quienes suscribían el contrato.

Todo puede ser objeto de la contratación, salvo lo expresamente prohibido en virtud de lo establecido en el Art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina.

En otras palabras, en el Derecho Privado rige el principio de equilibrio, de la igualdad de las partes y de autonomía de la voluntad.

#### **4. El *Ius Variandi*.**

Los estudiosos del Derecho Administrativo<sup>6</sup> aceptan que una de las diferencias existentes entre los contratos regidos por el Derecho Privado y los regidos por el Derecho Público está en las prerrogativas a favor de la Administración pública, en virtud que

el Estado debe procurar siempre el bienestar general.

Es por esta razón que la doctrina en general reconoce que la Administración tiene potestad para modificar los contratos que suscribe y esa modificación puede consistir en un aumento o disminución del volumen o cantidad de obra, en su duración o en las condiciones en que se va a ejecutar el contrato, y pudiendo también llegar hasta la rescisión del contrato por razones de interés público.

A su vez Escola<sup>7</sup> dice: "... Si el principio de inmutabilidad impera en todo el Derecho Privado, en el Derecho Administrativo pierde su trascendencia para dar lugar justamente a un principio opuesto, que es el de la mutabilidad de las relaciones contractuales administrativas, como reserva otorgada a la Administración Pública, lo que significa la quiebra en el Derecho Público y una estricta y rigurosa aplicación de la regla: "*pacta sunt servanda*"."

"Si bien algunos autores entienden que el principio de mutabilidad de los contratos administrativos no es sino una consecuencia derivada del poder de dirección y control que en tales contratos tiene la Administración pública, lo cierto es que el fundamento del poder de la Administración para modificar los contratos administrativos que celebra no es otro que el que resulta de la necesaria atención del interés público confiado a su gestión. "

Coincido con Berçaitz<sup>8</sup> cuando enseña: "...El interés público que constituye en principio la causa de los contratos administrativos, no se satisface si los supuestos de hecho que se tuvieron presente al celebrarlos, se modifican en tal forma que las acciones o prestaciones

---

<sup>6</sup> Bielsa Rafael, actualizada por Roberto Enrique Luque: "Derecho Administrativo", T II, pág. 859

<sup>7</sup> Escola, Héctor Jorge: "Tratado integral de los contratos administrativos". Bs. As, 1977. Vol 1. pág. 397.

<sup>8</sup> Berçaitz, Miguel Ángel: "Teoría general de los contratos administrativos". Bs As, 1980. pág. 347.

convenidas se tornan inactuales, inoperantes o contraproducentes para la satisfacción de ese interés...”.

En esta línea de pensamiento Fraga<sup>9</sup> dice: “...Consecuencia también de la primacía que en el contrato administrativo tiene el eficaz cumplimiento de las atribuciones del Estado, es la de que cuando para lograr esa eficacia se haga indispensable la modificación de las prestaciones convenidas, aumentándolas, disminuyéndolas o poniéndole fin, debe la Administración poder hacerlo...”

Es una de las prerrogativas que tiene el Estado el poder de modificación unilateral de las cláusulas del contrato, en razón de que la Administración pública tiene que velar por la satisfacción del interés general.

Acerca de la posibilidad de variar algunas cláusulas del contrato la doctrina se encuentra dividida, ya que una parte de ella- de la que participo- afirma que lo puede hacer siempre y cuando este prevista en una ley, reglamento o en el contrato, porque la Administración es sub legal, y, por lo tanto, no puede actuar libremente sino que solo puede hacer lo que las normas legales, reglamentarias o contractuales le permiten. Este precepto se denomina “principio de legalidad”.

Otros<sup>10</sup> sostienen que el fundamento de la atribución estatal se debe a la existencia de una subordinación del contratista con relación al Estado, con el objeto que las cláusulas del contrato se adecuen a las cambiantes necesidades públicas, satisfaciéndolas conforme a las circunstancias y condiciones del momento. En otras palabras, se sostiene, que por encima del interés individual del contratista está el interés general de la comunidad.

El extinto profesor Marienhoff<sup>11</sup> afirma: “...La Administración en el ejercicio de su actividad, no se desenvuelve con libertad absoluta, vale decir, con prescindencia de todo ordenamiento jurídico; por el contrario, debe desenvolverse con “sujeción” al ordenamiento jurídico. La actividad de la Administración está, entonces, “limitada”. Es esa la consecuencia primaria que en este orden de cosas deriva del Estado de Derecho... “

En esta línea de pensamiento encontramos a Sarmiento García,<sup>12</sup> quien sostiene que debe existir una ley o un marco regulatorio que le permita esta mutabilidad y agrega: “... Es que no vemos como un derecho que integra el concepto constitucional de propiedad pueda quedar sometido a la sola voluntad de la Administración, que sin habilitación legal pueda quitar ese derecho y sustituirlo por una indemnización; la garantía constitucional de propiedad solo cede ante una ley...” y por ello discrepa con los que afirman que el “ius variandi” constituye una formula atenuada de la potestad de extinguir directamente el contrato si el interés público así lo amerita, sea mediante el rescate, si el Estado desea reasumir la prestación encomendada al particular, sea mediante la revocación por

---

<sup>9</sup> Fraga, Gabino: “Derecho Administrativo”. México 1960. pág 430.

<sup>10</sup> Berçaitz, Miguel Angel: Ob. cit. pág. 392, entre otros.

<sup>11</sup> Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, Bs As 1965, T.I, pág 69.

<sup>12</sup> Sarmiento García, Jorge H.: “ El ius variandi y los contratos de la Administración” en “Contratos administrativos”, 2º edición, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Bs As 2010, pág. 282.

oportunidad, mérito o conveniencia, si esa prestación no es más conveniente que sea efectuada; y ello sería así pues, se dice, quien puede lo más puede lo menos...”

Parecida es la opinión de Delpiazzo<sup>13</sup> que afirma que este “... poder de modificación unilateral también debe ser previsto, sea por vía legal, sea por vía reglamentaria o sea por vía contractual...”.

Se apoya para tal afirmación en lo siguiente: “... de acuerdo a la Constitución (art 7, 10 y 32) solo puede admitirse una modificación unilateral si existe ley formal que la prevea. En efecto, el artículo 7, cuando reconoce los derechos, incluye entre otros los de seguridad, trabajo y propiedad, y dispone que nadie puede ser privado de ellos sino conforme a las leyes que se establezcan por razones de interés general. A la vez, el artículo 10 dice que ningún habitante de la Republica será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe. Complementariamente el artículo 32 reconoce a la propiedad como un derecho inviolable, de manera que, no mediando ley, la Administración no puede obligar a alguien a hacer lo que no está mandado por un acto legislativo... “.

De manera similar, esas garantías las encontramos en la Constitución de la Nación Argentina en los siguientes artículos: 17 “la propiedad es inviolable, y ningún habitante de Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en Ley... “. En el artículo 19: “... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En cuanto a la obligación del contratista de aceptar las modificaciones introducidas por la Administración<sup>14</sup> Pedro Guillermo Altamira (mi padre y mi maestro) afirma: “... El contratista se conformará con las modificaciones en los trabajos que le fuesen ordenadas por funcionarios autorizados, siempre que esas órdenes le sean dadas por escrito y no alteren las bases del contrato (art 29, Ley Nacional de Obras Públicas 13064). El limite a las modificaciones en los trabajos está dada por la última parte del artículo: “... No alteren las bases del contrato.” Es decir, todo aquello que lesiona la naturaleza de la obra, su estructura constructiva fundamental, los conceptos medulares de su concepción arquitectónica y todas aquellas circunstancias que hagan variar la noción primaria y el esfuerzo de realización, introduciendo un cambio esencial en su concepción. En fin: cuando se obliga al oferente a afrontar lo que no pudo estar en sus cálculos ni en el subsuelo contractual, cuando la obra fue licitada, adjudicada y contratada...”

Luqui<sup>15</sup> dice: “...Como el ius variandi es una cláusula que se incluye generalmente en los contratos administrativos, cuando la Administración hace uso de ella podría sostenerse que no es el ejercicio de una potestad sino de un derecho emergente de un acuerdo de voluntades. Pero, al estar en la ley como atribución, y los contratos administrativos se deben ajustar a sus prescripciones, es una potestad legislada que se instrumenta en el texto contractual.”

---

<sup>13</sup> Delpiazzo, Carlos E.: ob. cit, pág. 216.

<sup>14</sup> Altamira, Pedro Guillermo: “Curso Derecho Administrativo”. Bs As, 1971. pág 564.

<sup>15</sup> Luqui Roberto Enrique en: “Derecho Administrativo” Rafael Bielsa, Bs As 2017 Tomo II pág. 960

“La situación del contratista es diferente. Al celebrar el contrato acepta esta cláusula por decisión propia y, si actuó diligentemente, la debió prever como riesgo al preparar la oferta. Es una cláusula consentida voluntariamente. La modificación es por ello un riesgo previsible, así como lo es también la rescisión unilateral. El contratista sabe que si la modificación excede los márgenes pactados y se rescinde el contrato, recibirá una indemnización. Todos estos riesgos los incluirá en el precio, y paralelamente disminuirá el cálculo de los riesgos que asumirá el Estado o que están tasados. De ahí que, además de constituir una potestad jurídica de la Administración, es una modalidad propia de estas contrataciones, aun en los regímenes donde no se reconoce la figura del contrato administrativo...”

Es importante destacar que este principio de modificación del contrato durante su ejecución es una atribución que tiene el Estado, pero no el contratista, ya que está obligado a cumplir estrictamente con el pliego de condiciones y las cláusulas del contrato. Solo puede efectuar las modificaciones que hayan sido autorizadas por la Administración y no importen cambios de precios, y fueren útiles para su fin.<sup>16</sup>

A su vez Bénéoit<sup>17</sup> sostiene que la Administración puede durante la ejecución de los trabajos hacer modificaciones, ya sea en el plan de obra, en los materiales o en el método del trabajo inicialmente previsto, porque no se debe olvidar que tiene a su cargo la dirección de la obra. Esas modificaciones tienen un límite, ya que la Administración no puede violar las disposiciones legales o reglamentarias. Además, si esas modificaciones, perjudican patrimonialmente al contratista tiene derecho a solicitar la correspondiente indemnización.

No hay duda que esta atribución que tiene la Administración de modificar los contratos administrativos debe ser razonable, ya que, de lo contrario, viola la garantía innominada a la no arbitrariedad que surge en los artículos 28 y 33 de la Constitución de la Nación Argentina.

En esa línea de pensamiento Cassagne<sup>18</sup> dice: “... Una de las diferencias más notorias- en relación con los contratos privados – que exhibe el régimen de ejecución del contrato administrativo radica en la prerrogativa modificatoria que puede ejercer, en forma unilateral, la Administración la cual, dentro de ciertos límites cuantitativos establecidos por el derecho positivo, es susceptible de ser dispuesta al contratante. A su vez, para hacer frente a la necesidad de interés público, vinculadas, concretamente, con la ejecución del contrato, y siempre que el ordenamiento lo apodere en forma expresa, el sujeto estatal que contrata con un particular puede también ejercer tal prerrogativa (a condición que su ejercicio no sea abusivo o arbitrario) teniendo el contratista, en tales casos, la opción de resolver el contrato por culpa de la Administración, si la modificación que se pretende llevar a cabo altera la ecuación económica financiera contractual o excediera el tope cuantitativo.”

---

<sup>16</sup> Díez, Manuel María: “Derecho Administrativo”. Bs As, 1967. T. 3. pág. 57.

<sup>17</sup> Bénéoit, Francis-Paul: “Le Droit Administratif Français” Paris, 1968. pág. 649.

<sup>18</sup> Cassagne, Juan Carlos: “El contrato administrativo”. Bs As, 1999. pág. 66/67.

Participo de la teoría sostenida por García Oviedo y Martín Useros<sup>19</sup> que para que la Administración pueda modificar el contrato administrativo es necesario que existan nuevas necesidades generales o nuevas causas técnicas imprevistas al concertarse aquél. Además afirman, con buen criterio, que si tales modificaciones alteran la ecuación económica financiera el contratista puede solicitar su reparación o puede constituir causa para solicitar la resolución del contrato.

La doctrina francesa<sup>20</sup> asevera en forma uniforme que el mantenimiento de la ecuación económica financiera es un derecho del contratista y cualquier modificación que lo perjudique lo faculta a solicitar el restablecimiento de dicho equilibrio.

Estoy de acuerdo con Gambier<sup>21</sup> en cuanto afirma que "...esta posibilidad de cambio o mutabilidad genera, necesariamente, cierta inestabilidad en el contrato administrativo cuya existencia, a su vez, se justifica también en la necesidad de satisfacer el interés público..."

Lamentablemente a veces el *ius variandi* se ha utilizado para beneficiar al contratista, ya que en una oportunidad se llamó a licitación pública para construir una escuela con diez aulas y durante la ejecución del contrato se le dijo que tenía que construir dos aulas más. El contratista ejecutó la obra, cumplió con la nueva orden, y construyó una escuela de doce aulas. De esta forma adquirió mayor capacidad de obra y le sirvió como antecedente para nuevas licitaciones públicas. Si la licitación se hubiese llamado para construir doce aulas esta empresa no hubiera podido ser oferente porque no tenía la capacidad técnica, en cambio, ahora con esta modificación adquirió mayor capacidad técnica y se puede presentar a licitaciones que antes no podía.

Si bien durante la ejecución del contrato, la Administración no puede olvidar que los otros oferentes que participaron en la licitación van a controlar su ejecución y podrían oponerse a cualquier cambio que se produzca en las condiciones de la licitación, esto rara vez sucede, ya que una vez que se adjudicó la licitación los oferentes comienzan a analizar los pliegos de una nueva licitación y excepcionalmente se agravan por la violación al principio de igualdad, que debe regir no solo durante el procedimiento de licitación, sino también durante la ejecución del contrato. La violación se produce si se otorga una injustificada ventaja al contratista, pues en el caso que se menciona se sabía con anticipación que diez aulas eran pocas para esa escuela y, por lo tanto, se ha otorgado una injustificada ventaja al contratista. Lo correcto hubiera sido que se hubiese llamado a licitación para construir doce aulas.

Evidentemente se ha marginado un principio fundamental en los contratos administrativos que es la supervivencia del principio de igualdad durante la ejecución del contrato, pues,

---

<sup>19</sup> García Oviedo, Carlos y Martínez Useros, Enrique: "Derecho Administrativo". Madrid 1968. T. 2. pág. 183.

<sup>20</sup> Vedel, Georges: "Droit Administratif". Paris, 1961. pág 631 y Pequignot, G.: "Des contrats administratifs". Paris 1953, pág 11.

<sup>21</sup> Gambier, Beltrán: Ob. cit. pág. 932/933.

con pretexto de satisfacer el interés público se ha dado una ventaja a un oferente en perjuicio de los otros.

El contratista deberá realizar modificaciones en los trabajos, siempre que fueren ordenadas por escrito por funcionario competente, sin que ello altere las bases del contrato, con un límite que, por lo general, es el 20 % de cada ítem. Además las órdenes verbales de modificación no deben ser obedecidas, ni autorizan a reclamar el pago de ningún trabajo adicional. Todo debe quedar escrito en las Ordenes de Servicio y en las Notas de Pedido, que integran el legajo de la obra.

Considero de interés destacar que si las modificaciones autorizadas produjeren aumento de obra, éstos serán pagados al contratista y, en cambio, si se produjere disminución no tendrá derecho a reclamar indemnización por los beneficios que dejará de percibir. Pero si el contratista justificare haber acopiado materiales para las obras que ahora no deberá ejecutar, puede reclamar a la Administración el justiprecio por el perjuicio sufrido.

En otras oportunidades se ha utilizado esta potestad para perjudicar al contratista, ya que en una concesión de obra pública y servicio público se rescindió el contrato antes del vencimiento del plazo por razones de interés general, aduciendo que ese servicio se iba a municipalizar. Se lo perjudicó porque para la indemnización se aplicó el criterio que establece la ley de expropiación: pago de daño emergente pero no de lucro cesante.

La modificación se puede realizar siempre y cuando no se trate de una modificación del objeto o del opus, por ejemplo, que se llame a licitación para hacer una escuela y luego se modifique para hacer un hospital. En este caso, habría que llamar a una nueva licitación porque se ha modificado la obra en sí misma, pues se trata de una obra distinta a la que figura en los pliegos y en los planos, que limita el poder de modificación de la Administración.

Debe distinguirse la obra complementaria de la adicional. La obra complementaria es aquella que no figuraba en los planos o documentos del contrato, pero fueren no obstante indispensable a juicio de la Administración para que las estructuras a construir respondan a su fin. Esta obra debe ser obligatoriamente realizada por el contratista con todos los accesorios necesarios para el fin y uso a que se destina la obra, con la obligación de pagar su costo.

En una oportunidad se exigió al contratista de un hospital que modificara los planos y realizara una entrada de emergencia para los pacientes que llegaran en ambulancia. El aceptó pero adujo que era una obra adicional, La Administración le respondió que era un trabajo complementario porque está obligado a ejecutar los trabajos de acuerdo a su fin, que era un hospital y numerosos pacientes llegan en ambulancia. El contratista aceptó esta decisión y, por ello, no acudió a la vía judicial. Lamentablemente, no podemos saber si para el tribunal en lo contencioso administrativo era un trabajo adicional o complementario.

En cambio la obra adicional es aquella que no está prevista en el contrato pero es útil para su buena ejecución, aunque no sea imprescindible; por ejemplo, se le pide a la

empresa contratada para remodelar una plaza la construcción de un monumento para homenajear a un prócer.

La obra adicional no está obligado a ejecutarla pero, por lo general, se la realiza porque lo beneficia el precio que percibirá.

Es necesario distinguir las modificaciones de carácter cuantitativo de las de carácter cualitativo, en el sentido de que se trata de la ejecución de nuevos trabajos ampliando los que figuraban en el pliego y en los planos. Se trata de una modificación extracontractual, ya que esa modificación no estaba prevista en el contrato.

Considero que las modificaciones cuantitativas tiene que aceptarlas, siempre y cuando no sean arbitrarias. Las modificaciones cualitativas puede negarse a ejecutarlas si no se ponen de acuerdo en el precio y plazo para realizarlas, pues son obras extracontractuales.

En una oportunidad a la empresa que estaba construyendo una autopista se le ordenó que debía iluminarla. El contratista aceptó y solicitó que se le pagara como trabajo adicional y así se hizo. En este caso se debió llamar a una nueva licitación para que se presentaran todas las empresas especialistas en iluminación. Se modificó el contrato beneficiándolo y dándole un antecedente importante para el futuro como es la posibilidad no solo de construir una autopista sino también de iluminarla. Lamentablemente ningún oferente se quejó y de esa forma se permitió que el Estado procediera arbitrariamente, aduciendo el interés general.

##### **5. El *ius Variandi* en la relación de empleo público.**

Con relación al contrato de función o empleo público, o sea, con relación a la naturaleza jurídica del vínculo que une al agente público con la Administración es necesario distinguir a aquellos que están regidos por una norma especial que se llama "Estatuto para el personal de la Administración Pública" de los que se encuentran vinculados por contratos regidos por el Derecho Laboral y, por ello, están sujetos a los principios y normas del Derecho Laboral. Estoy en desacuerdo con este proceder porque el Derecho Laboral rige cuando el patrón y el empleado u obrero están guiados por intereses privados y no cuando uno de los sujetos es el Estado, que debe propender a la satisfacción del interés general.

No hay duda alguna que los intereses en pugna son distintos; uno es el del Estado, al que lo guía la satisfacción del interés general, y otro es el del agente público, preocupado por la satisfacción de su propio interés.

La diferencia también está en que si el juez tiene duda en una causa judicial con respecto a quien darle la razón, se la tendrá que dar al empleado por el principio "*in dubio pro operarius*", lo que es factible cuando el patrón es un particular, porque el legislador ha querido que si tiene que decidir entre el patrón, que es el poderoso económicamente y el empleado, que es el pobre, en la duda se pronuncia a favor de este último.

También considero importante destacar que en virtud del Art. 14 de la Constitución de la Nación Argentina el agente público tiene estabilidad absoluta, lo que significa que solo puede ser privado de su empleo como sanción a raíz de haber cometido una falta grave y

siguiendo el procedimiento establecido en el Estatuto del Empleado Público. En caso de que el despido sea declarado inválido por sentencia judicial, tiene derecho a la reincorporación y al pago de los daños y perjuicios que tal decisión inválida le haya producido.

En cambio el empleado privado, regido por convenios colectivos de trabajo, puede ser despedido sin justa causa y solo tiene derecho a una “justa indemnización”, pues, el derecho a la estabilidad se transforma en un derecho a crédito.<sup>22</sup>

El *ius variandi* se aplica no solo a los agentes públicos que están regidos por el Estatuto para el Personal de la Administración pública, sino también para los que se encuentran regidos por convenios colectivos de trabajo y, por lo tanto, se aplican las normas y principios del derecho laboral.

Lo importante es destacar que la decisión no puede ser arbitraria y la arbitrariedad se pone de manifiesto cuando el funcionario actúa caprichosamente, porque si, porque se le ocurre, cuando está en contra de los fundamentos de hecho y derecho o cuando el acto es desproporcionado porque no guarda una adecuada proporción entre la falta que se le imputa y la sanción aplicada, etc, como lo ha dicho en distintas oportunidades el Dr. Domingo Juan Sesín en sus votos como Presidente de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. En este supuesto hay exceso de punición.

La calificación de arbitraria de un acto no se refiere a su acierto o desacierto, a la justicia o injusticia de resolución, sino que se caracteriza por tratarse de una medida que formalmente desprecia la norma<sup>23</sup>.

Podría decirse que lo arbitrario no es una calificación estimativa respecto del contenido normativo, sino algo que denota un poder ajeno y contrario al Derecho. Las decisiones que sean jurídicas podrán ser mejores o peores, acertadas o desacertadas, justas o injustas, pero siempre tienen como plataforma una norma. En cambio, es arbitraria si se dicta una medida para satisfacer un capricho, un antojo, una veleidad.

Es también arbitrario y, por lo tanto el acto es nulo, cuando la Administración obra sin dar a conocer la causa de esa decisión, aunque, el acto haya sido editado en ejercicio de las facultades discrecionales, ya que no solo cuando la Administración actúa en ejercicio de las facultades regladas, sino y con mayor razón debe motivar su decisión cuando lo hace en ejercicio de facultades discrecionales.

Lamentablemente a veces se utiliza el *ius variandi* para sancionar al empleado como en una oportunidad a un médico cirujano especialista en traumatología, más precisamente en trasplantes de caderas, se lo trasladó a la Dirección de Personal para que dictaminara si le correspondía licencia y, en este supuesto de cuantos días, al empleado que solicitaba licencia por adolecer de un traumatismo. Evidentemente en este caso estamos en presencia de una sanción implícita, porque aduciendo el *ius variandi* el Ministro de Salud

---

<sup>22</sup> Ampliar en Altamira Gigena Julio Isidro: Ob sit. pág 357 y ss.

<sup>23</sup> Altamira Gigena Julio Isidro: “Acto Administrativo”, 2da edición, Córdoba 2019, pág 57.

Pública le cambió no solo de lugar de trabajo sino también de las tareas que tenía que realizar.

En otra oportunidad se quería beneficiar a un empleado y como no se podía dar este fundamento, se ordenó un traslado desde una Dependencia que quedaba a 42 cuadras de su domicilio a otra que estaba a 3 cuadras. Se adujo que era por razones de servicio.

## **6. Conclusión.**

Para finalizar considero importante destacar que los ejemplos precedentemente dados a conocer es una prueba cabal de un vicio en la motivación. La motivación es un elemento esencial del acto. Es hacer conocer las razones por las cuales se dicta el acto y los motivos para que se dicta. En otras palabras, es hacer conocer la causa y el fin.

Se trata de una obligación que hace a la forma republicana de gobierno y al derecho de defensa. Por lo tanto, tiene su fundamento en los artículos 1 y 18 de la Constitución de la Nación Argentina, como se lee en numerosas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Es por ello que la motivación debe ser cierta, clara, precisa, pues de lo contrario el afectado podrá, seguramente con éxito, impugnar este acto administrativo dictado con una motivación falsa.

Se debe tener en cuenta que todo acto administrativo debe tener como fin, directo o indirecto, la satisfacción del interés público o, como bien dice el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina: "Promover el bienestar general".

La finalidad que se busca con la emisión o dictado de un acto debe estar dentro del marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico, por lo que debe existir coincidencia entre el fin querido por la norma y la que tiene el funcionario al dictar el acto.

Es un requisito de la legalidad que hace al principio de juridicidad y buena fe que la Administración está obligada a respetar.

Por ello no puede aceptarse que un acto persiga en forma directa o encubierta una finalidad distinta al bien común, ya que si se expide para beneficiar o para perjudicar a alguien, hay evidentemente un vicio en el fin, que es grave, y que en doctrina es conocido como "desviación de poder".<sup>24</sup>

La consagración del fin, como elemento esencial del acto administrativo, es una consecuencia de los esfuerzos realizados por el Consejo de Estado francés para someter el proceder de la Administración al principio de la legalidad<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Jeanneret de Pérez Cortés, María, "La finalidad como elemento esencial del acto administrativo", en Acto Administrativo y reglamento, obra colectiva, Ediciones RAP, Bs As., 2001, pag. 93 y ss.

<sup>25</sup> Rivero, Jean, Droit Administratif, 13<sup>a</sup> edition, París, pág. 320.

El vicio en el fin existe tanto cuando el funcionario actuó procurando satisfacer su propio interés, cuando actuó para perjudicar a un tercero, o cuando lo hizo para beneficiar al Estado con un falso criterio estatista.<sup>26</sup>

Generalmente cuando el fin se encuentra viciado, lo manifestado es falso y el verdadero propósito es encubierto porque el funcionario procura disimularlo para que no se vislumbre su verdadera intención. Comúnmente es difícil probar la desviación de poder, ya que es un vicio de carácter subjetivo; hay que sacar a la luz la verdadera intención que tuvo el funcionario al suscribir el acto.

Estamos entonces en presencia de la declaración de un contenido de voluntad falsa- como los ejemplos que he citado- porque una cosa es lo que se quiere y otra distinta es lo que se declara o se da a conocer al público.

En síntesis, el “*ius variandi*”, es una institución sumamente importante para el Derecho Administrativo, y se encuentra estrechamente vinculada con tres principios elementales: el de buena fe, el de veracidad y el de razonabilidad, ya que de lo contrario, nos encontramos frente a un vicio esencial del acto administrativo, como es la “desviación de poder”.-

---

<sup>26</sup> Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, 5ª edición, T. III, pág IX-25.