



**\_COLUMNA DE OPINIÓN**

## *El despido del trabajador jubilado en la Ley de Reforma Previsional*

Carlos A. Etala

### I. Introducción

La ley 27.426, publicada en el Boletín Oficial el 28 de diciembre de 2017, no sólo contiene disposiciones sobre el “Índice de movilidad jubilatoria” (Capítulo I, arts. 1º a 4º) y los “Haberes mínimos garantizados” (Capítulo II, arts. 5º y 6º), sino que también introduce modificaciones en la facultad del empleador para intimar al trabajador a jubilarse (Capítulo III) para lo cual sustituye el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT, t.o. 1976) e incorpora un párrafo en el art. 253 de la LCT (t.o. 1976), vale decir, modifica normas que relacionan el contrato de trabajo con la situación jubilatoria del trabajador.

En una colaboración anterior (1), hemos analizado la modificación del art. 252 de la LCT (t.o. 1976). En la presente colaboración nos dedicaremos a considerar el despido —directo o indirecto— del trabajador jubilado y del trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador no obstante haber obtenido el beneficio jubilatorio, situación que se encuentra específicamente regulada en el texto modificado del art. 253 de la LCT.

CONTINÚA EN PÁGINA 5

# Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos

## TENDENCIAS ACTUALES SOBRE EL “IUS VARIANDI”

Juan Carlos Cassagne

**SUMARIO:** I. Las dificultades que exhibe la teoría del contrato administrativo y las tendencias actuales.— II. Potestades, derechos subjetivos y prerrogativas públicas. La inadmisibilidad de su carácter implícito.— III. Principales prerrogativas en los contratos administrativos.— IV. Otras prerrogativas públicas y la tendencia a la limitación de los poderes de la Administración, particularmente en los contratos de Participación Público-Privada (PPP).— V. A modo de conclusión.

➔ En la evolución que experimenta el Derecho administrativo actual se acentúa un proceso de atenuación y equilibrio de las prerrogativas en los contratos públicos al punto que, en ciertos derechos comparados, algunas prerrogativas como el *ius variandi*, han pasado a tener un sentido diferente al que antes las justificaba, en la clásica teoría del contrato administrativo. Efectivamente, de un poder destinado a corregir las rupturas producidas en la ecuación financiera de los contratos administrativos ante crisis económicas generales no imputables a los contratistas, se ha pasado a dar primacía al principio de la competencia exigiendo que, en dichos supuestos, se convoque a una nueva licitación pública, cualquiera fuera la naturaleza de los respectivos contratos.

### I. Las dificultades que exhibe la teoría del contrato administrativo y las tendencias actuales

Como decía el maestro Laubadère, a propósito de la mutabilidad que caracteriza al contrato administrativo, este aparece “como un sistema en cierto sentido vivo” (1); algo que, en buena medida, refleja las contradicciones internas que anidan en una construcción jurídica plagada de dificultades interpretativas.

Esas contradicciones representan el influjo de los cambios que se operan en la realidad jurídica y social que van desde la aporía que plantea el reconocimiento del *ius variandi*, de cara a los principios *lex inter partes* y *pacta sunt servanda* (pilares de la seguridad jurídica), hasta las modulaciones singulares instituidas en resguardo de los principios de competencia, no discriminación y transparencia, particularmente establecidas en el derecho comunitario europeo (en especial, los procedimientos de selección de los contratistas).

En este Derecho, la regulación de los contratos que celebran las administraciones públicas y los llamados “poderes adjudicadores” de los distintos países de

la Unión Europea, aunque no estipulan expresamente que se trata de normas y principios de Derecho público (lo que no se podría hacer dada la diferente conformación y estructura de los sistemas de los países miembros) imponen una serie de reglas vinculantes, que conforman una suerte de orden público comunitario cerrado y fundado en el principio de la competencia, que ningún ordenamiento nacional puede eludir (por los principios de primacía y de eficacia directa propios del derecho comunitario).

Pero en todos estos casos, a diferencia de algunos Estados de Hispanoamérica, el ejercicio de las prerrogativas de poder público se encuentra compensado por los principios del mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato (2) y de justa indemnización, reconociéndose la indemnización integral de los perjuicios irrogados al contratista (daño emergente y lucro cesante), cuando el contrato se modifica o se extingue por razones de interés público para respetar el trascendente principio de la igualdad ante las cargas públicas.

CONTINÚA EN PÁGINA 2

### COLUMNA DE OPINIÓN

El despido del trabajador jubilado en la Ley de Reforma Previsional  
Carlos A. Etala ..... 1

**DOCTRINA.** Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos. Tendencias actuales sobre el “ius variandi”  
Juan Carlos Cassagne..... 1

**NOTA A FALLO.** Los alcances de la “obligación de seguridad”  
Rubén H. Compagnucci de Caso..... 6

### JURISPRUDENCIA

**DAÑOS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS SIN FINES DE LUCRO.** Responsabilidad del organizador del evento. ONG. Obligaciones del organizador impuestas por la autoridad administrativa. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Deber de seguridad. Alcance. Inaplicabilidad del precedente “Mosca” —Fallos 330:563—. Distinto supuesto fáctico. Responsabilidad civil que comprometería el ejercicio de la libertad de expresión y el de-

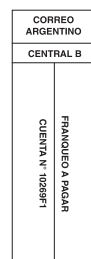
recho de reunión. Derecho a la libertad de reunión pacífica. Deber prestacional de seguridad. *Alterum non laedere*. Factor subjetivo de atribución (CS) ..... 6

**COMPRAVENTA DE INMUEBLES.** Acción de daños por incumplimiento de contrato. Determinación del juez competente en razón del material. Competencia Civil. Cuestión de orden público e improrrogable. (CNCiv.)..... 9

**AMENAZAS COACTIVAS.** Agravantes. Uso de armas. Mayor poder atemorizante. Imposición de la pena (CNCasCrim. y Correc.) ..... 9

**MEDIDAS CAUTELARES.** Pedido para que la AFIP se abstenga de exigir el pago del impuesto extraordinario a las operaciones financieras especulativas (dólar futuro). Falta de acreditación del peligro en la demora. Rechazo de la precautoria (CNFed. Contenciosoadministrativo)..... 11

**CITACIÓN DE TERCEROS.** Rechazo de la citación del ex presidente de la sociedad (CNTrab.).... 12





# Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos

VIENE DE TAPA

A su turno, la polémica acerca de la figura del contrato administrativo, desatada en plena crisis del proceso de privatizaciones y desregulación de Argentina (3), tuvo al menos la virtud de que los principales contendientes de un sector de la doctrina nos pusiéramos de acuerdo en un punto central de la teoría del contrato, negando la posibilidad jurídica de que reconociese la existencia de potestades o prerrogativas, o las denominadas cláusulas exorbitantes, en forma implícita, tanto *ex contractu* como *ex lege*, aspecto del que nos ocuparemos seguidamente (4).

En ese contexto, las nuevas regulaciones de los Contratos de Participación Pública Privada (PPP) que prescriben los sistemas latinoamericanos (la más reciente es la ley argentina) nos coloca en un camino similar al que han emprendido los países que han estimulado y promovido la colaboración de los particulares en obras y servicios de interés público para las comunidades estatales, superando viejos dogmas y verdaderos mitos jurídicos. En realidad, el nuevo régimen contractual viene a funcionar como una alternativa a los ordenamientos que rigen los tradicionales contratos de obra pública y de otros contratos administrativos típicos, lo cual permite dar estabilidad a esta clase de contratos y/o similares con cláusulas que brindan mayor seguridad jurídica a las inversiones privadas, promoviendo la competencia entre las diferentes empresas que puedan contratar con la Administración y una mejor asignación de los riesgos contractuales (5).

Otra aporía que debe destrabarse radica en la falsa creencia de que existe un régimen unitario para todos los contratos estatales, cuya realidad muestra a las claras, en todos los países, la recíproca interferencia que existe entre normas y principios públicos con los privados. En efecto, casi no se discute que la Administración puede celebrar tanto un contrato regido sustancialmente por el Derecho civil (v.gr. el arrendamiento o locación), como aquellos que son propios de su giro

o tráfico administrativo, con una regulación más intensa de los diferentes principios y elementos del derecho público, tal como lo prescribe la reciente ley española de Contratos del Sector Público (6), sin perjuicio de lo cual el procedimiento de adjudicación es común a ambos tipos contractuales.

Una de las consecuencias principales de ese régimen entremezclado de Derecho público y privado se encuentra en el hecho de que las decisiones que adopta la Administración durante la ejecución de un contrato regido por el Derecho privado constituyen actos administrativos dotados, como es sabido, de una serie de peculiaridades y modulaciones típicas del Derecho público. Para resolver este problema la reciente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de España considera a los actos administrativos inherentes a la preparación y adjudicación del contrato de objeto privado como actos separables, que resultan susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (7), siguiendo una corriente nacida y afirmada en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés (8).

Ahora bien, por encima de los desacuerdos terminológicos, en torno de la noción del contrato administrativo, pensamos que, en el fondo, la solución a que arriba la LCSP de España junto a la interpretación jurisprudencial y doctrinaria demuestra la subsistencia de la categoría del contrato administrativo, con una fórmula que se aproxima bastante (aunque más acotada) al concepto de servicio público de la jurisprudencia y doctrina francesas que, en definitiva, cumple una idéntica función para delimitar la figura del contrato administrativo. Esto acontece a raíz de la utilización del concepto de “giro o tráfico específico de la Administración” para definir, después de los contratos nominados y típicos (v.gr. de obras, servicios, suministros y otros), el criterio residual que caracteriza la figura del contrato administrativo, puesto que no se puede soslayar que, lejos de tratarse de un criterio subjetivo o formal, introduce un concepto que hace a la esencia o naturaleza del contrato administrativo.

No puede afirmarse, entonces, que sea el reparto jurisdiccional el que define la configuración de la categoría del contrato administrativo, sino la finalidad que persigue la Administración de acuerdo a su competencia legal, a cuyo efecto el ordenamiento le atribuye un conjunto de prerrogativas de poder público que carecen de sentido en los contratos de objeto privado.

Unas palabras de los más esclarecidos exponentes del Derecho administrativo español, tras reconocer que las singularidades que exhiben los contratos administrativos demuestran que estos están “impregnados de una idea esencialmente finalista que preside todo su desarrollo” afirmando rotundamente que lo que se persigue con estos contratos “es satisfacer de la mejor manera posible el interés público” (9) y que, en definitiva, “existe contrato administrativo en todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito de su giro o tráfico característico, es decir, dentro del campo de competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas” y que “todos los demás contratos celebrados por las Administraciones Públicas y todos los que puedan concluir los restantes entes, organismos y entidades del sector público “tendrán la consideración de contratos privados” (10), como reza el art. 26 de la LCSP.

En varios trabajos y obras de doctrina hemos sustentado una postura similar (11), sosteniendo una concepción finalista para categorizar al contrato administrativo, la cual, no obstante, algunas diferencias de apreciación terminológica (12), resulta afín a la de los citados maestros españoles, en una corriente que, lamentablemente, no ha seguido la legislación nacional ni la de las provincias argentinas, apoyada por una doctrina que, a la luz de la evolución operada en el Derecho administrativo moderno, luce como una postura anquilosada y autoritaria que constituye un verdadero repelente para alejar las inversiones que requiere el desarrollo de cualquier país con cierto grado de civilización jurídica.

Entre las actuales tendencias que procuran encauzar la contratación pública en el marco de la observancia de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación y transparencia vamos a referirnos, especialmente, a la regulación de la prerrogativa de modificar el contrato administrativo que en el Derecho comunitario europeo representa la acentuación del carácter público y no disponible de las facultades de los órganos y entes contratantes de las distintas administraciones públicas, impuestas en razón de la necesidad de cumplir con los principios enunciados.

Esta nueva regulación del Derecho comunitario europeo, calificada como un giro espectacular (13) en la modulación de los contratos públicos o regidos por las directivas comunitarias representa una

limitación mayúscula de la prerrogativa modificatoria de la que se ha hecho un uso abusivo en detrimento de los principios de competencia y concurrencia que procuran afirmar la igualdad en la selección del contratista privado, en un marco de transparencia y no discriminación. Empero no hay que olvidar que el *ius variandi* puede funcionar también en detrimento de los derechos del contratista, cuando la Administración reduce las prestaciones.

Antes de pasar al análisis de dicha prerrogativa y de otras, vamos a exponer algunas reflexiones liminares sobre la potestad y el Derecho subjetivo, que nos permitirán reafirmar las peculiaridades que reviste la vigencia de los principios de la *lex inter partes* y del *pacta sunt servanda* en los contratos administrativos, y rechazar, consecuentemente, la existencia de prerrogativas implícitas o sobreentendidas (como decía Jèze) en su régimen jurídico, las que refuerzan el autoritarismo y afectan el carácter democrático de todo gobierno (14) que respete el principio de legalidad.

## II. Potestades, derechos subjetivos y prerrogativas públicas. La inadmisibilidad de su carácter implícito

La figura técnica de la potestad se halla extremadamente conectada con el principio de legalidad. Pertenece al género de los poderes jurídicos de sentido amplio y reconoce su desarrollo originario en la doctrina italiana expuesta por Santi Romano, quien teorizó magistralmente sobre su configuración y caracteres (15), al punto que, salvo alguna excepción, ha sido seguido por la doctrina española de mayor autoridad científica (16).

La potestad consiste en un poder atribuido por el ordenamiento en forma genérica y expresa habida cuenta que el principio de legalidad resulta incompatible con la existencia de poderes sobreentendidos, no debidamente explicitados por el ordenamiento.

Su diferencia con el Derecho subjetivo (17) (que también constituye un poder jurídico) radica en el hecho de que este último no es un poder abstracto, sino un poder jurídico que se despliega en una concreta relación jurídica.

Mientras la potestad es irrenunciable e intransferible, cabe acotar que su ejercicio es susceptible de pacto, renuncia o delegación en tanto la Administración no se encuentra obligada a ejercerla en forma efectiva por razones de orden público

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) LAUBADÈRE, André de, “Traité Théorique et pratique des contrats administratifs”, LGDJ, Paris, 1956, t. II, p. 25.

(2) Se trata de un principio capital de la teoría del contrato; sobre su configuración y desarrollo nos remitimos al lúcido trabajo de Ana Patricia GUGLIEMINETTI, en REDA N° 107, Buenos Aires, 2016, p. 916 y ss.

(3) Véase: MAIRAL, Héctor A., principalmente en sus trabajos: “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, ED 179-655 y “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo”, ED 180-849 y los que publicamos en sendas réplicas: “Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo”, ED 180-773 y “La delimitación de la categoría del contrato administrativo (réplica a un ensayo crítico)”, ED 181-942.

(4) Aun cuando cabe advertir que el principio de la competencia puede basarse en poderes implícitos (los que surgen de un texto expreso) como poderes inherentes que se desprenden de los fines que

el ordenamiento le atribuye en forma expresa a los órganos y entes públicos. No obstante, como lo hemos explicado, ambos supuestos no proceden en los actos de gravamen o desfavorables; al respecto, nos remitimos a nuestro “Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico”, Ed. La Ley, 2012, p. 159.

(5) CASSAGNE, Ezequiel, “Las asociaciones público-privadas en la Argentina”, REDA, 2016, N° 107, p. 923 y ss.

(6) LCSP de 2017 que incorpora al Derecho español las Directivas 2014/24 UE sobre contratación pública y 2014/24 UE, concerniente al procedimiento de adjudicación en los contratos de concesión.

(7) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2017, 18ª ed., t. I, ps. 751-753.

(8) Véase: MORAND-DEVILLER, Jacqueline, “Droit Administratif”, LGDJ, Paris, 2013, ps. 417-418.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso...”, ob. cit., t. I, p. 784.

(10) *Ibidem*, ps. 750-751.

(11) En nuestro libro: “El Contrato Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., p. 5 y ss., especialmente ps. 14-16.

(12) Si bien es cierto que no hay una auténtica sustantividad en el sentido de que el contrato administrativo posee una existencia independiente e individual, aislada del tronco común que exhibe la figura del contrato civil y comercial, no es un dato menor que la concepción finalista del giro o tráfico específico de la Administración, con arreglo a las reglas de competencia de cada ente u órgano que consagra el ordenamiento, constituye una concepción que hace a la esencia de la materia que conforma el concepto, el cual conduce a la aplicación de las normas y principios de Derecho público. En síntesis, la concepción finalista no impide acudir al Derecho privado cuando las singularidades del contrato presentan vacíos normativos que requieren utilizar las técnicas de la analogía y de la supletoriedad, ni tampoco la aplicación directa del derecho civil y comercial a los contratos privados de la Administración (art. 26 LCSP).

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso...”, ob. cit., t. I, p. 789.

(14) Argumento sostenido hace años por GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, en su lúcido “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, t. I, p. 368.

(15) Véase: ROMANO, Santi, “Fragmentos de un Diccionario Jurídico”, EJEA, Buenos Aires, 1964 (trad. del italiano), p. 297 y ss.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso...”, ob. cit., t. I, p. 487 y ss.; y MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Ed. Iustel, Madrid, 2006, 2ª ed., t. I, p. 522 y ss.

(17) En la doctrina española se ha sostenido que no se derivan consecuencias de la distinción entre potestad y derecho subjetivo, véase: SEÑÉ LLINAS, Emilio, “Sobre el concepto de potestad”, en el libro homenaje a José Luis Villar Palasi, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 1343 y ss., especialmente p. 1348 y ss. La diferencia, sin embargo, resulta clara con sólo advertir el carácter renunciabile del derecho subjetivo y la circunstancia de que genera relaciones ju-



prescriptas explícitamente por el ordenamiento jurídico positivo.

Entre el cúmulo de potestades se encuentran tanto aquellas vinculadas con actos favorables al particular como los actos desfavorables o de gravamen que emite la Administración pública, así como las que pertenecen a las personas privadas, tal como la potestad de acción para demandar la protección o cumplimiento de sus derechos ante los tribunales de justicia (18).

En cuanto a la llamada prerrogativa de poder público que utiliza la Administración en oportunidad de poner en ejecución actos o contratos administrativos, ella se origina en la antigua prerrogativa del Derecho anglo-sajón aplicable “a aquellos derechos y facultades que solo el Rey goza” cuyo significado etimológico deriva del latín *prae* y *rogatio* que alude algo requerido antes, o sea, “lo que es exigido a unos con preferencia a otros” que “no puede tenerse en común con los demás individuos” (19).

Es evidente que, al trasladarse esta figura al Derecho público moderno precisó adaptarse al sistema de separación de poderes y, sobre todo, al principio de legalidad en el sentido antes explicado. En este contexto, el ejercicio de toda prerrogativa de poder público implica el ejercicio de una potestad genérica atribuida expresamente por el ordenamiento jurídico positivo.

No corresponde reconocer, pues, la presencia de prerrogativas implícitas en ningún contrato que celebre la Administración Pública, ni aún en los contratos administrativos, ya que su configuración no se compadece con el principio de legalidad que debe prevalecer en toda actuación administrativa.

### III. Principales prerrogativas en los contratos administrativos

El contrato administrativo, como especie del género *contratos públicos* o *contratos de la Administración*, se caracteriza, como es sabido, por contener prerrogativas de poder público que se establecen o pactan expresamente como consecuencia de las potestades que atribuye el ordenamiento jurídico al órgano estatal contratante. Por tal razón, el ejercicio de dichas potestades se vincula con el principio de la competencia (art. 3º Ley de Procedimiento Administrativo (LNPA)) y puede volcarse tanto en la documentación contractual (v.gr. los pliegos de bases y condiciones) como pactarse expresamente en el contrato, respetando los preceptos y principios que rigen el proceso de selección del contratista estatal. Veamos ahora las principales prerrogativas que exhiben los contratos administrativos.

#### III.1. Poder de decisión unilateral ejecutiva

Esta suerte de privilegio vinculado a la llamada *autotutela ejecutiva*, justifica, cuando

se halla expresamente consagrado por el ordenamiento e incorporado expresamente al contrato administrativo, que la Administración dispone de la facultad de crear vínculos obligatorios en forma unilateral y que puede ejecutar por sí misma tales decisiones, sin acudir a los tribunales de justicia.

Aparte de que, como se verá seguidamente, no existe en el Derecho francés ni en los derechos de algunos países de Iberoamérica (v.gr., Argentina) que distinguen la *declaración unilateral* de la *ejecución forzosa*, negando la procedencia de la denominada *autotutela ejecutiva* que ha seguido el Derecho español, inspirado en la clásica doctrina italiana (20), cuando se trata de actos que impliquen utilización de la coacción sobre los bienes y las personas, en los que sólo se admite una *autotutela declarativa* y, en consecuencia, la *ejecución forzosa* en sede administrativa no constituye la regla general y, en principio, tiene que llevarse a cabo en la vía judicial (21), en una línea similar a la que sigue el Derecho francés, en el que asume un carácter excepcional, no destacada suficientemente en la doctrina y jurisprudencia españolas y latinoamericanas (22).

Porque cabe advertir que, en el Derecho francés, que ha asimilado la ejecución de oficio a la ejecución forzosa, la prerrogativa de ejecutar un acto administrativo mediante el uso de la fuerza o coacción física reviste carácter excepcional y está muy lejos de constituir la regla general, lo que sólo ocurre en tres supuestos. Ellos son:

a) Que no haya otra vía para compeler el cumplimiento del acto (inexistencia de sanciones de naturaleza penal en caso de resistencia) (23);

b) Cuando lo dispone expresamente la ley, y;

c) Razones de urgencia (24). Si alguna de estas condiciones no se presenta, la ejecución forzosa se considera irregular y constituye una vía de hecho administrativa (25).

En esa orientación, un sector de la doctrina española ha postulado una concepción similar sosteniendo, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (26), que cuando la ejecución forzosa recae sobre un derecho fundamental resulta imprescindible que sean los jueces quienes autoricen la procedencia (27) de la *vis ejecutiva*.

En cambio, la procedencia de la ejecución forzosa es regulada en forma diferente por algunos ordenamientos de Hispanoamérica, como el colombiano (art. 90 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA)), en el que constituye la regla general cuando el particular obligado se resista a cumplir el acto (después de una etapa de ejecución persuasiva, mediante la aplicación de multas), salvo que se trate de “obligaciones personalísimas” (28).

#### III.2. El poder de modificación unilateral del contrato

A diferencia de los contratos celebrados entre particulares, basados en los principios *lex inter partes* y *pacta sunt servanda*, en los contratos administrativos no existe plena libertad ni discrecionalidad de pactar su modificación y el denominado *ius variandi* debe ejercerse conforme a una regulación propia y típica del Derecho público.

Al respecto, la Ley de Contratos de Participación Público Privada (PPP) reconoce la facultad “de la Administración contratante para establecer unilateralmente variaciones al contrato sólo en lo referente a la ejecución del proyecto y ello por hasta un límite máximo en más o en menos del 20% del valor total del contrato, compensando adecuadamente la alteración, preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento” (29).

Así, cuando el contrato es producto de un proceso público de selección del contratista estatal (y no se trata de una contratación directa), las modificaciones contractuales fundadas en el mero arbitrio discrecional de la Administración son, en principio, improcedentes. La razón de ese principio es bastante obvia, pues si después de un proceso licitatorio al que han concurrido otros interesados la Administración pudiera cambiar discrecionalmente las bases y condiciones que rigen el contrato, se afectaría el principio de igualdad, puesto que los distintos partícipes de la licitación de haber conocido las modificaciones introducidas “a posteriori” hubieran tenido la posibilidad de formular sus propuestas sobre parámetros diferentes (en particular, el precio de contrato y las condiciones técnicas y financieras). La consecuencia de ello es que, en principio, la modificación de un contrato administrativo sólo es posible si se encuentra pre-determinada y reglada previamente por el ordenamiento o por el pliego de bases y condiciones, que suelen establecer, en algunos contratos como los de la obra pública y suministros, topes o límites tasados de las modificaciones permitidas (30).

No obstante, los cambios de circunstancias que suelen ocurrir en todos los contratos han conducido, en muchos países, a la admisión del *ius variandi*, debido a causas imprevistas o justificadas, a condición de que no se altere el objeto ni el fin central del contrato, ya que las razones que impulsan la modificación contractual deben ser objetivas, es decir, que la modificación igualmente hubiera procedido y necesitado realizarse, cualquiera hubiera sido el oferente que participó en la licitación (31).

Contra esta última modalidad del *ius variandi*, practicada en Latinoamérica y admitida en España por la práctica y jurisprudencia de los órganos consultivos

de las Comunidades Autónomas (32), ha reaccionado el Derecho comunitario de la Unión Europea estableciendo, con la finalidad de reforzar el principio de competencia y de fomentar la mayor concurrencia posible en todas las contrataciones regidas por el Derecho comunitario, la obligatoriedad de convocar a una nueva licitación pública (33), limitando el ejercicio del poder modificatorio, cuya utilización ha motivado que se lo acotase al punto de regularlo como una facultad que sólo procede en casos muy excepcionales.

Interesa señalar, por de pronto, que esta nueva tendencia legislativa no altera el sistema de topes legales dentro de los cuales puede llevarse a la modificación del precio contractual, armonizando el interés público a realizar dicha modificación con la obligatoriedad de cumplimiento del contrato por parte del contratista, a condición de ser compensado por los perjuicios que le provoca el mayor costo del contrato.

Las razones de nuevo rumbo se encuentran en la utilidad de fomentar una mayor competencia y, muy probablemente, en la necesidad de combatir la corrupción, falseada por administraciones complacientes que tienen la manga ancha para modificar o prorrogar contratos vencidos por razones de interés público, aunque sea también verdad que esta corriente regulatoria de la contratación administrativa pueda resultar más onerosa al erario público.

Por esas razones, como estos cambios normativos en la nueva regulación de los contratos públicos suelen extenderse a otros países, a impulsos de una globalización que conduce a transformaciones reales y aceleradas, vamos a referirnos a esas prescripciones comunitarias que acaba de incorporar al ordenamiento español la LCSP de 2017.

Esta novedosa regulación, aplicable a todos los contratos del sector público (por tanto, no exclusivamente los contratos administrativos), solamente permite modificar los contratos administrativos cuando así se haya previsto en los pliegos (art. 203).

De un modo excepcional, la LCSP (art. 205) admite la posibilidad de que los contratos regidos por el Derecho comunitario puedan ser modificados en los siguientes supuestos tasados: a) sea necesario añadir obras, suministros y servicios adicionales siempre que la cuantía de la alteración no exceda del 50% del precio inicial y no fuera posible, por razones económicas o técnicas, proceder al cambio del contratista; b) la necesidad de la modificación contractual derivada de circunstancias sobrevenidas que fueron imprevisibles al momento de la licitación, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato y que su cuantía no exceda el 50% del precio inicial del contrato;

### { NOTAS }

rídicas concretas, al contrario de la potestad que es genérica e irrenunciable.

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso...”, ob. cit., t. I, p. 491.

(19) BLACKSTONE, William, “Commentaries on the Laws of England”, Ed. Richard Taylor, Red Lion Court, London, 1830, p. 237 y ss., cit. por AJA ESPIL, Jorge A., en *Constitución y Poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1987, ps. 95 y 96.

(20) ZANOBINI, Guido, “Corso di Diritto Amministrativo”, Ed. Giuffrè, Milano, 1958, vol. I, 8ª ed., p. 319 y ss.; ALESSI, Renato, “Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano”, Ed. Giuffrè, Milano, 1958, p. 209 y ss.

(21) Vid. nuestro “Curso de Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 11ª ed. actualizada, t. I, p. 779 y ss.

(22) Por ejemplo, cuando el acto ha sido suspendido provisionalmente por el juez administrativo y otros supuestos (art. 60 del Código Contencioso Administrativo); véase: RODRÍGUEZ R., Libardo, “Derecho Administrativo General y colombiano”, Temis, Bogotá, 2008, 16ª ed., ps. 337-338.

(23) En el conocido caso “Société immobilière de Saint Just”, de 1902.

(24) Vid. MORAND-DEVILLER, Jacqueline, “Droit Administratif”, LGDJ, Paris, 2013, 13ª edic., ps. 349-350.

(25) *Ibidem*, p. 350.

(26) STC 78/1996 de 20 de mayo.

(27) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, T. XII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, 2ª edición, p. 110 y ss.

(28) RODRÍGUEZ R., Libardo, “Derecho Administrativo General y colombiano”, Temis, Bogotá, 2013, 18ª edic., ps. 415-416.

(29) Art. 9º inc. i) ley 27.328.

(30) Ver: BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo”, Ed. La Ley, obra actualizada por Roberto E. Lúqui, 7ª edic., t. II, p. 960 (la versión de esta parte del libro corresponde a la autoría del actualizador).

(31) Ampliar en nuestro libro “El Contrato Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009,

3ª ed., p. 37.

(32) Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L., “La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa del reequilibrio económico”, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L., *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2016, ps. 232-234.

(33) Esta política legislativa de la Unión Europea se halla precisada en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y en la Directiva 2014/23/UE concerniente a la adjudicación de los contratos de concesión (arts. 72 y 43, respectivamente). Ambas fueron incorporadas a la reciente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 08/11/2017.



c) las modificaciones no sean sustanciales dando lugar a un contrato de naturaleza diferente ni introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación originario hubieran permitido la selección de candidatos distintos o la participación de un número mayor de participantes o bien, alteren el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista; y d) supongan una ampliación importante de la cuantía del contrato por superar el 15% del precio inicial del contrato de obras o el 10% de los demás contratos.

En cualesquiera otros supuestos, reza el art. 203.2 de la LCSP, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la convenida en el contrato, corresponde proceder a la resolución del contrato y a la celebración de otro, bajo las condiciones pertinentes, conforme a las normas generales sobre selección de los contratistas.

Este cambio radical de la nueva LCSP ha llevado al eminente jurista español, Tomás Ramón Fernández, al actualizar la magistral obra escrita con su maestro, a decir que “de la tradicional libertad de despliegue del *ius variandi* se ha pasado a un régimen extraordinariamente riguroso que ha convertido la modificación de los contratos en algo realmente excepcional” (34).

Y continúa el ilustre colega español afirmando que “ahora sí que hay límites materiales muy estrictos” fijados “en obsequio a la libre concurrencia que es un principio básico del mercado común europeo” y el principal motor que impulsa la evolución operada en el régimen contractual.

En la misma línea, en el sentido de que no resulta posible, en el Derecho comunitario europeo, proceder a la modificación “sustancial” de un contrato o una concesión sin pasar por un nuevo procedimiento de selección y consecuente adjudicación, salvo las excepciones previstas por las directivas comunitarias, se ubica la reforma legislativa francesa introducida por el decreto 2014-1341, de 06/11/2014 que adaptó las prescripciones del art. 43 de la directiva comunitaria europea sobre concesiones (35).

#### IV. Otras prerrogativas públicas y la tendencia a la limitación de los poderes de la Administración, particularmente en los contratos de Participación Público-Privada (PPP)

En el complejo contexto de los contratos administrativos figura una extensa gama de prerrogativas de poder público, en el sentido antes explicado, en la medida que abren la posibilidad de alterar tanto el principio de la *lex inter partes* como el *pacta sunt servanda*, particularmente en la nueva ley argentina de contratos de PPP, en la cual, en concordancia con las nuevas ideas que rigen en materia de contratación

estatal, se prescribe que todas las prerrogativas deben contemplarse en los pliegos y documentación contractual (36), lo que excluye la posibilidad de que la Administración utilice las llamadas prerrogativas implícitas o sobreentendidas, que, al no encontrar su andamiaje en el ordenamiento positivo, transgreden el principio de legalidad. Esta es también la orientación actual del Consejo de Estado francés, que exige que la cláusula exorbitante (es decir, la prerrogativa de poder público) sólo se admite si está contenida en el pliego de condiciones del contrato (37).

Seguidamente, pasamos al análisis sucinto de algunas de dichas prerrogativas:

iv.1. En primer lugar, abordaremos el ejercicio de la potestad de extinguir anticipadamente el contrato por razones de interés público. Lo que no suele verse en la doctrina que aborda este formidable privilegio de la Administración es, simplemente, que el ejercicio de esta prerrogativa, aparte de prestarse al autoritarismo y a la corrupción, genera el derecho de compensación al contratista de los daños que ocasiona la terminación anticipada del contrato que, en principio, incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante, no obstante que algunas legislaciones hispanoamericanas circunscriben dicha indemnización sólo al daño emergente (38). Se trata de un supuesto de responsabilidad estatal por su actividad legítima (39). En Francia, aunque este dato suele ser soslayado por la doctrina y jurisprudencia argentina que postulan una concepción autoritaria sobre el contrato administrativo se ha considerado (C.E. caso “Distillerie de Magnac-Laval” de 2/05/1958) que “el contratista no tiene por qué sufrir las consecuencias financieras de... una rescisión anticipada, máxime cuando no ha cometido falta, y, en consecuencia, debe ser indemnizado de la totalidad de su perjuicio, incluido su lucro cesante” (40).

De acuerdo con esta tendencia, la reciente ley argentina que regula los contratos de Participación Público-Privada (PPP) (41) prescribe expresamente que no rigen las prescripciones establecidas en otras leyes cuya principal consecuencia es que debe compensarse no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante, cuya indemnización debe ser previa (42) y no podrá ser inferior a la inversión no amortizada, para cumplir el mandato constitucional que ordena que todo sacrificio particular por razones de interés público debe ser previamente indemnizado.

iv.2. Al propio tiempo, la ley de PPP requiere que la suspensión, así como la declaración de nulidad del contrato por razones de legitimidad deba ser solicitada y declarada por el tribunal judicial con competencia en la materia (43), lo que es congruente con el principio de la tutela judicial efectiva que rige en el ordenamiento

argentino pos aplicación de los arts. 18 de la CN y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

iv.3. Si bien la ley de contratos de PPP no la enuncia expresamente, aunque se refiere a “*otras causales*” (44), la Administración puede ejercer la prerrogativa de declarar la caducidad del contrato de PPP por incumplimiento de las obligaciones del contratista, dado que esta facultad se encuentra prevista en la ley nacional de Procedimientos Administrativos (45). Es por demás claro que, por la norma de la LNPA (art. 21), aplicable en forma directa a los contratos administrativos (art. 7º última parte LNPA), para habilitar la declaración de caducidad del contrato, es imprescindible que se trate del incumplimiento de una obligación esencial (46), debiéndosele otorgar al contratista, previa constitución en mora, un plazo razonable para su cumplimiento.

iv.4. En cuarto lugar, la Ley de Contratos de PPP prevé la posibilidad de introducir en el régimen contractual (pliego y documentación) las cláusulas que reglamentan el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*, estableciendo la posibilidad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones a los usuarios de servicios públicos, así como en las actividades de interés público que lleven a cabo los contratistas que colaboren con la Administración en esta especie de contratos de PPP.

#### V. A modo de conclusión

En la evolución que experimenta el Derecho administrativo actual se acentúa un proceso de atenuación y equilibrio de las prerrogativas en los contratos públicos, al punto que en ciertos derechos comparados (v.gr. el Derecho comunitario europeo) algunas prerrogativas, como el *ius variandi*, han pasado a tener un sentido diferente al que antes las justificaba, en la clásica teoría del contrato administrativo.

Efectivamente, de un poder destinado a corregir las rupturas producidas en la ecuación financiera de los contratos administrativos ante crisis económicas generales no imputables a los contratistas se ha pasado a dar primacía al principio de la competencia exigiendo que, en dichos supuestos, se convoque a una nueva licitación pública, cualquiera fuera la naturaleza de los respectivos contratos (es decir, públicos y privados).

Las razones para ello radican en la proliferación de abusos en el ejercicio de la potestad modificatoria (que se advierte en las administraciones públicas y en todos los contratos de empresas privadas regidos por el Derecho comunitario europeo) y en la consecuente necesidad de combatir la corrupción generalizada que afecta la credibilidad tanto de los gobiernos como de las empresas privadas.

Al propio tiempo, determinados ordenamientos acompañan las nuevas tendencias encaminadas a morigerar los poderes de la Administración en los contratos públicos, moderando la *vis coactiva* mediante la exigencia de la intervención previa de la justicia para autorizar el uso de la coacción sobre personas y cosas y, en general, a través del rechazo de las prerrogativas implícitas o sobreentendidas, en cuanto a su procedencia afecta gravemente los principios de legalidad y de seguridad jurídica; y sobre todo porque fomentan la práctica de un autoritarismo contrario a las libertades públicas, además de afectar la regla del mantenimiento o equilibrio de la ecuación económica-financiera del contrato (47).

Finalmente, tal como lo recoge la reciente ley 27.328, la regulación de los contratos de PPP ha prescripto especialmente un régimen patrimonial que garantiza los derechos del contratista frente a los daños causados por decisiones unilaterales del Estado (como la extinción del contrato por razones de interés público) estableciendo que, en tales casos, no procede la aplicación de ley alguna que limite la responsabilidad del Estado, de modo que corresponde indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Se trata de un nuevo modelo de contrato público, en principio de naturaleza administrativa por las finalidades que persigue, que alberga en su régimen tanto los clásicos contratos administrativos como los de objeto privado de la Administración, cuya principal característica es su flexibilidad e incluso, en cierto modo, una atipicidad que desplaza la aplicación del bloque de ordenamientos legales que rigen los contratos administrativos típicos (principalmente las leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias y decreto 1023/2001, sus modificatorias y reglamentación), las cuales “no serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica” (48), ya que, como lo reconoce la propia ley de CPPP, esta figura constituye una alternativa a las regulaciones de dichos contratos administrativos (49) con el objetivo, entre otros, de “impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista...” (50).

Esperamos que estas nuevas regulaciones sirvan para promover las inversiones, que requieren los países y así poder superar los problemas que plantea el estancamiento económico generador de pobreza para llevar a cabo, entre todos los sectores, los mejores esfuerzos conducentes a la realización efectiva y solidaria del bien común y, sobre todo, de los principios de justicia que constituyen el fundamento del Derecho. ●

Cita on line: AR/DOC/731/2018

#### { NOTAS }

(34) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso...”, ob. cit., t. I, p. 789, agregando que de ese modo “de la antigua regulación sólo queda en pie la vieja regla... según la cual las modificaciones sólo son obligatorias para el contratista cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20% del precio inicial del contrato (arts. 204.1 y 206.1)”.

(35) Véase: DELAUNAY, Benoit - CLAEYS, Antoine, “El impacto de la crisis en la legislación francesa sobre contratación pública”, en la obra *El impacto de la crisis...*, ob. cit., ps. 460-461.

(36) En particular, la ley exige que la rescisión anticipada del contrato debe hallarse contemplada expresamente en los pliegos y documentación contrac-

tual (art. 9º inc. B).

(37) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, “Droit Administratif...”, ob. cit., p. 392 con cita de los precedentes (“Commune de Borce” CE de octubre de 1989 y UCAP, TC del 5/07/1999).

(38) Sin embargo, la cláusula 91.6 del modelo de contrato de PPP, aprobado por Resolución N° 147-e-2018 de la Dirección Nacional de Vialidad, excluye la indemnización del lucro cesante en el supuesto de rescisión anticipada del contrato, lo que conculca las prescripciones expresas de la ley que regula los CPPP (art. 9º inc. p) y II de la ley 27.328.

(39) Vid. PERRINO, Pablo Esteban, “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización por lucro cesante”, JA Suplemento del 11/11/2009 y del mismo autor La rescisión por razones de interés público de

contratos de participación público-privada en el derecho argentino, en obra colectiva *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo*, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2017, p. 98 y ss.

(40) MORAND-DEVILLER, Jacqueline, “Droit Administratif...”, ob. cit., p. 410.

(41) Ley 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada (PPP), art. 9º inc. p) la indemnización debe ser previa (art. 10)

(42) Art. 10 ley 27.328, prescribe que la indemnización no podrá ser inferior a la inversión no amortizada.

(43) Art. 9 inc. p) *in fine*.

(44) Art. 9 inc. p), Ley 27.328.

(45) Art. 21 LNPA.

(46) MARIENHOFF, Miguel S., “Caducidad y Revocación de la Concesión de Servicios Públicos”, Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1997, p. 38.

(47) Sobre el principio del equilibrio económico-financiero en los Contratos de PPP, véase: CASAGNE, Ezequiel, “El nuevo marco jurídico para el desarrollo de las Asociaciones Público-Privadas en Argentina”, en la obra *Contratos de Participación Público-Privada* (dir. Carlos J. REGAZZONI), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 148 y ss.

(48) Art. 31, ley 27.328.

(49) Art. 2º, ley 27.328.

(50) Art. 4º, inc. I), ley 27.328.



## El despido del trabajador jubilado en la Ley de Reforma Previsional

VIENE DE TAPA

### II. Párrafo agregado al artículo 253 de la Ley de Contrato de Trabajo

El art. 253 de la LCT que lleva como epígrafe la expresión “Trabajador jubilado”, consta actualmente de tres párrafos. El primero de ellos dice así: “En caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación de la legislación vigente, el empleador podrá disponer la extinción del contrato de trabajo invocando esa situación, con obligación de preavisarlo y abonar la indemnización en razón de la antigüedad prevista en el art. 245 de esta ley, o, en su caso, lo dispuesto en el art. 247”.

El segundo párrafo, que fue agregado por el art. 7º de la ley 24.347, expresa: “En este supuesto sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese”.

El tercer y último párrafos, que precisamente son incorporados por el art. 9º de la ley 27.426, de reforma previsional, dicen lo siguiente: “También es aplicable lo dispuesto en el presente artículo al trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación, considerándose la fecha del acuerdo de la prestación como inicio del cómputo de la antigüedad posterior al mismo”.

### III. Trabajo dependiente y jubilación

Antes de entrar de lleno a la interpretación que cabe otorgarle al art. 253 LCT reformado, y en atención a que el mismo artículo se refiere al caso de que “el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación de la legislación vigente”, resulta conveniente esclarecer algunos conceptos en materia de compatibilidad entre jubilación y actividad dependiente.

La norma base en materia de régimen de compatibilidades es el art. 34 de la ley 24.241 del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), modificado por el art. 6º de la ley 24.463 que, en lo que es de nuestro interés, establece lo siguiente: a) los beneficiarios de prestaciones del régimen previsional público pueden reingresar a la actividad remunerada tanto en relación de dependencia como en carácter de autónomos; b) el reingresado tiene la obligación de efectuar aportes, los que

serán destinados al Fondo Nacional de Empleo; c) los beneficiarios de prestaciones previsionales que hubieren accedido a tales beneficios amparados en regímenes especiales para quienes presten servicios en tareas penosas, riesgosas o insalubres, determinantes de vejez o agotamiento prematuro, no podrán reingresar a la actividad ejerciendo algunas de las tareas que hubieran dado origen al beneficio previsional.

Si así lo hicieren, se les suspenderá el pago de los haberes correspondientes al beneficio previsional otorgado; d) el goce de la prestación de retiro por invalidez es incompatible con el desempeño de cualquier actividad en relación de dependencia; e) el empleador deberá requerir de los trabajadores, al comienzo de la relación laboral, la presentación de una declaración jurada escrita de si son o no beneficiarios de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, con indicación, en caso afirmativo, del organismo otorgante y datos de individualización de la prestación (art. 12, inc. h), ley 24.241); la omisión de esta obligación hará pasible al empleador de una multa equivalente a diez veces lo percibido por el beneficiario en concepto de haberes previsionales; y, f) el afiliado o beneficiario del SIPA estará obligado a presentar al empleador la declaración jurada a que se refiere el inc. h) del art. 12 de la ley 24.241 y actualizar la misma cuando adquieran el carácter de beneficiarios de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva (art. 13, inc. a) 2, ley 24.241).

Cabe aclarar que si un jubilado reingresa a la actividad remunerada en relación de dependencia, en infracción a la ley, caso del retirado por invalidez reintegrado a la actividad o del beneficiario de prestaciones derivadas de regímenes especiales para tareas penosas, riesgosas o insalubres, determinantes de vejez o agotamiento prematuro, reingresado a una de estas mismas actividades, en tanto el art. 40, último párrafo, de la LCT establece que “la prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador”, debe interpretarse que el contrato de trabajo cesa para el futuro, pero el jubilado tendrá derecho a las remuneraciones devengadas e indemnizaciones que se deriven de la extinción del contrato por prohibición del objeto (art. 42, LCT) (2).

En cambio, si el jubilado reingresa a la actividad dependiente sin que se verifique infracción a la ley, el desenvolvimiento de su contrato de trabajo será regido por las normas comunes a cualquier contratación, pudiendo extinguirse por alguna de las causales de extinción de toda relación de trabajo, incluida la renuncia o el despido con o sin justa causa (3).

### IV. Reingreso del jubilado al servicio del mismo empleador

El art. 253 de la LCT determina, en su segundo párrafo —que fuera agregado por el art. 7º de la ley 24.347—, que “En este supuesto sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese”.

Después de aprobada esta modificación legislativa del art. 253 LCT se suscitó una controversia no sólo doctrinal, sino principalmente jurisprudencial que enfrentó las decisiones de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires con la de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

En tanto el tribunal provincial sustentaba la postura de que “probado que el desempeño laboral del dependiente se produjo desde el ingreso y se mantuvo sin solución de continuidad, no obstante el otorgamiento del beneficio previsional, hasta su único cese por despido sin causa, la indemnización por antigüedad debe calcularse computando todo el tiempo de prestación de servicios, desde el inicio hasta el cese” (4), la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se reunió en tribunal plenario y estableció como doctrina: “Es aplicable lo dispuesto por el art. 253 último párrafo LCT al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación” (5).

Es necesario, además, poner de manifiesto una situación que plantea un panorama de incertidumbre en cuanto a la vigencia de la jurisprudencia obligatoria en el ámbito nacional.

En efecto, la ley 26.853 de 2013, por su art. 3º, creó la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social con el objeto de conocer en “los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión interpuestos contra las sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social”.

El art. 12 de la misma ley derogó los arts. 302 y 303 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación (CPCCN). El art. 302 de este Código procesal regulaba la convocatoria a tribunal plenario de las cámaras, entre ellas, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo “con el objeto de unificar la jurisprudencia y evitar sentencias contradictorias” y el art. 303, CPCCN, establecía la obligatoriedad de los fallos plenarios para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara fuera tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejaren a salvo su opinión personal.

La misma norma prescribía que sólo podría modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria.

El art. 15 de la ley 26.853 establece que una vez constituidas las cámaras y salas creadas por la ley, ésta será de aplicación a todos los juicios, aun a los que se encuentren en trámite.

Por su parte la Corte Suprema por Acordada 23/2013 dispuso que la aplicación del nuevo ordenamiento se hallará supeditada a la efectiva instalación y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales llamados a asumir la competencia que les atribuye la ley 26.853, situación que subsiste a la fecha de publicación de este artículo (6).

### V. Finalidad perseguida por la norma

Subsistiendo la indefinición jurisprudencial por las causas apuntadas en el apartado anterior, el legislador consideró necesario —por evidentes razones de seguridad jurídica— delimitar con precisión el ámbito de aplicación material de la norma en cuestión por la vía legislativa.

De este modo, incorporó un tercer y último párrafo al art. 253 de la LCT, que expresa: “También es aplicable lo dispuesto en el presente artículo al trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación, considerándose la fecha del acuerdo de la prestación como inicio del cómputo de la antigüedad posterior al mismo”.

Lo expuesto significa que tanto en el despido directo como indirecto, vale decir, el despido dispuesto por el empleador como en el caso de la situación de despido en que se coloca el trabajador por injuria del empleador, el cálculo de la indemnización por antigüedad se debe efectuar sólo computando los servicios prestados con posterioridad a la fecha de la resolución que otorga la prestación jubilatoria, sea que el trabajador hubiera reingresado —después de cierto lapso— a las órdenes del mismo empleador o continuado trabajando sin interrupción alguna.

Por aplicación de un criterio de interpretación analógica (art. 11, LCT) la misma solución debe ser adoptada a fin de establecer el cómputo de la antigüedad a los efectos de determinar el plazo de preaviso que corresponde según el art. 231 de la LCT Asimismo resulta aplicable, en su caso, lo dispuesto en el art. 233, LCT.

### VI. Exclusión de los trabajadores públicos

El art. 10 de la ley 27.476 dice textualmente: “Quedan excluidos de lo establecido en este Capítulo los trabajadores del sector público, aunque los organismos en los que presten servicios se rijan por la ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias”.

Como el Capítulo a que se refiere este artículo es el III respectivo de la ley, y en éste se encuentra el art. 9º que incorporó el tercer y último párrafo al art. 253 de la LCT, queda en claro que esta norma de la Ley de Contrato de Trabajo es inaplicable a los trabajadores públicos, que deberán regirse por las normas específicas que se encuentren en vigencia en sus respectivos organismos.

### VII. Entrada en vigencia de la norma

Dado que el art. 11 de la ley 27.476 determina que “La presente medida entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial”, el texto modificado del art. 253 de la LCT se aplica a los despidos directos o indirectos notificados a partir del 29 de diciembre de 2017 (art. 5º, Cód. Civ. y Com.). ●

Cita on line: AR/DOC/381/2018

### { NOTAS }

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Publicada en el diario de “La Ley” del 19/02/2018, titulada “La intimación al trabajador a jubilarse en la ley 27.426 de reforma previsional”.

(2) ETALA, Carlos A., “Contrato de trabajo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, 7ª ed., t. 2, ps. 350 y 351. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, Ver, por ejemplo, CNTrab., Sala VI, 30/06/03, DT 2003-

B-1545.

(3) ETALA, ob. cit. nota anterior, t. 2, p. 351.

(4) SCBA, 4/06/2003, “Frigerio, Domingo L. c. Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires”, *Rev. Trabajo y Seguridad Social*, 2003-722 y *Rev. de Jubilaciones y Pensiones*, 2003-77-762.

(5) CNTrab., fallo plenario nro. 321, 05/06/2009, autos “Couto de Capa, Irene M. c. Areva SA s/ ley 14.546”, DT

2009-B, 773, RDLSS, 2009-B-1171, *Trabajo y Seguridad Social*, 2009-507.

(6) Una sala de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, ha decidido, no obstante, lo siguiente: “a) En atención a que la ley 26.853, en el art. 15, establece que dicha normativa será de aplicación una vez constituida la Cámara de Casación, en tanto ello no se concrete se mantiene la obligatoriedad de la doctrina de los plenarios

emanados de los tribunales de apelación; b) Aun cuando se considerara desactivada la obligatoriedad de los plenarios, nada obsta a la aplicación potestativa de la doctrina de tales acuerdos como fuente material de derecho, en la medida que refleja el criterio mayoritario de la Cámara de Apelaciones” (CNTrab., Sala II, 21/08/2013, *Rev. Trabajo y Seguridad Social*, 2013-896).



## NOTA A FALLO

### Daños en espectáculos públicos sin fines de lucro

**Responsabilidad del organizador del evento. ONG. Obligaciones del organizador impuestas por la autoridad administrativa. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Deber de seguridad. Alcance. Inaplicabilidad del precedente “Mosca” —Fallos 330:563—. Distinto supuesto fáctico. Responsabilidad civil que comprometería el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión. Derecho a la libertad de reunión pacífica. Deber prestacional de seguridad. *Alterum non laedere*. Factor subjetivo de atribución.**

**Hechos:** La Comunidad Homosexual Argentina organizó un evento público y gratuito tendiente a difundir una consigna vinculada a la prevención de una enfermedad, en el cual una persona fue atacada por un grupo y sufrió lesiones que dieron lugar a diversas intervenciones quirúrgicas. La mencionada ONG fue condenada al pago de la indemnización reclamada como organizadora del encuentro. Interpuesto recurso extraordinario y la correspondiente queja ante su denegación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia apelada.

1.- La imputación de responsabilidad por las lesiones que sufrió una persona

en un espectáculo público organizado por una ONG es arbitraria, pues se basó en la decisión administrativa que autorizó el evento, de la que surge que las obligaciones que pesaban sobre la asociación se vinculaban con el cuidado del espacio público en el cual se desarrolló y no sobre las personas que concurrirían al encuentro.

2.- Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Mosca” —Fallos 330:563; AR/JUR/102/2007, con relación a la responsabilidad objetiva del organizador de un espectáculo público es inaplicable en tanto, en el caso, los hechos que dan lugar al reclamo no sucedieron en el marco de un espectáculo deportivo, sino en un recital gratuito celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la prevención de una enfermedad.

3.- La responsabilidad atribuida a una asociación sin fines de lucro por su sola condición de organizadora de una actividad a realizarse en un espacio público podría comprometer el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión consagrados en el art. 14 de la CN, por lo que debe considerarse el examen del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en cuanto destacó que no se debe considerar responsables o exigir cuentas a los organizadores y participantes en las reuniones por

el comportamiento ilícito de otras personas, ni se les debe encomendar la responsabilidad de proteger el orden público a ellos, ni al personal encargado de velar por el buen desarrollo de las reuniones (del voto del Dr. Maqueda).

4.- La atribución de responsabilidad objetiva a una ONG que organizó un espectáculo público sin fines de lucro para la difusión de ideas es descalificable, pues en el caso no se trata de una relación de consumo, porque el sujeto organizador no es un proveedor, y tampoco se inserta en la categoría del art. 2º de la Ley de Defensa del Consumidor y del actual art. 1092 del Cód. Civil y Comercial (del voto del Dr. Lorenzetti).

5.- Todo organizador de un espectáculo público, cualquiera sea el fin que lo motive y aun cuando haya sido gratuito, celebrado en la vía pública y en un espacio abierto, está alcanzado por un deber prestacional de seguridad para con los asistentes, pues el deber de seguridad no se funda solamente en una ley expresa, también puede tener su fuente en la buena fe, que es la confianza creada en el asistente a un espectáculo público de que no sufrirá daños; esta obligación se halla en cabeza de “toda persona” —art. 1710, primera parte, del Cód. Civil y Comercial— y deviene del principio general del *alterum non laedere* (del voto del Dr. Lorenzetti).

6.- Al deber de seguridad que pesa sobre una ONG sin fines de lucro, como organizadora de un evento cuyo objetivo

es reivindicar cuestiones propias de su fin vinculado al bien común, en un espacio abierto y con autorización de la autoridad administrativa, corresponde imputarle un factor de atribución subjetivo y no objetivo, ello en virtud del art. 1068 del Cód. Civ. y Com. cuando dispone que si el contrato —la relación jurídica— es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes (del voto del Dr. Lorenzetti).

7.- La posible afectación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho de reunión tiene influencia para determinar el grado de extensión de la obligación de seguridad en cabeza del organizador, pues una regla que impusiera obligaciones gravosas en los actos organizados en espacios abiertos, para la libre expresión de las ideas, podría tener consecuencias que limiten ese derecho, máxime cuando quien organiza el evento es una minoría excluida y estigmatizada (del voto del Dr. Lorenzetti).

120.982 — CS, 26/12/2017. - Arregui, Diego Maximiliano c. Estado Nacional - PFA - y otros s/ daños y perjuicios.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

[Cita on line: AR/JUR/89981/2017]

## Los alcances de la “obligación de seguridad”

Rubén H. Compagnucci de Caso

**SUMARIO:** I. Antecedentes. — II. Sentencia de la Corte Suprema. — III. Responsabilidad civil contractual. — IV. Buena fe contractual. — V. La obligación de seguridad. — VI. Naturaleza y carácter de la obligación de seguridad. — VII. El deber de seguridad: ¿obligación de medios o de resultado? — VIII. Síntesis final.

### I. Antecedentes

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió un interesante caso que despeja a la vez que plantea algunas dudas. En el contexto de la órbita jurídica impone el análisis de las denominadas “obligaciones de seguridad”, y en cierta manera determina los alcances y las barreras de dicha garantía en el contrato o en determinadas situaciones asimilables.

Del desarrollo de lo fáctico y, conforme a lo que surge del fallo, es posible inferir que se trató del caso en que una persona que concurrió a una reunión o *meeting* convocado a favor de una campaña de protección de la salud y —aparentemente—, ante la agresión de terceros, sufrió daños físicos.

El encuentro fue realizado en un lugar abierto y público, cedido a esos efectos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No emerge con mucha nitidez si

alguna de las partes demandadas había tomado a su cargo la seguridad de las personas concurrentes, o nada se indicó al respecto.

Ante las circunstancias mencionadas, la víctima de los perjuicios promovió una acción de reclamo indemnizatorio contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y contra la entidad organizadora del evento.

Según surge de los antecedentes que trae el dictamen de la Procuración General de la Corte, como de la propia sentencia, el pronunciamiento del Juez de la Primera Instancia, como el fallo de la Cámara de Apelación aceptaron el reclamo y consecuentemente, declararon la procedencia de la pretensión actora contra una de las partes demandada. De ese modo se hizo lugar a la solicitud y condena a la Asociación que organizó la reunión.

La accionada, sujeta en las sentencias de las instancias ordinarias, a la obligación de

resarcir, y contra el pronunciamiento de la Cámara, interpuso recurso extraordinario federal para ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación; remedio que en dicha instancia fue denegado y declarado “no admisible”. Por dicha circunstancia presentó un recurso de “queja”, que abrió la instancia superior, y permitió su tratamiento ante el Superior Tribunal Nacional.

En esa etapa, la recurrente funda su reclamo revocatorio en que: el hecho luctuoso ocurrió fuera de los límites del predio, que ante ello se produjo la ausencia del deber de seguridad y consecuentemente la responsabilidad le habría correspondido a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que tenía el deber de proteger a los habitantes y, por último que no resultaba aplicable al caso en debate, el precedente “Mosca” (Fs. CS, 330:563) (1).

### II. Sentencia de la Corte Suprema

Luego de un extenso dictamen de la Procuración General, la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó los elementos fácticos que rodearon al caso bajo análisis e hizo lugar a lo solicitado por la recurrente.

Del importante pronunciamiento se destaca como relevante —y, el fallo indica con énfasis— que: en la resolución administrativa N° II del año 2005, la Secretaría de “Producción, Turismo y Desarrollo Sustentable” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, obligaba a la Asociación organizadora a la: “seguridad, conservación y limpieza de los espacios concedidos para la reunión”, pero no exigía lo mismo para “la

seguridad de las personas que concurrirían al evento” (consid. VI, párrs. 1º y 2º).

A más de todo lo dicho, aclara las razones que llevan a la no aplicación del caso “Mosca” (Fs. CS, 330:563).

A modo de resumen me permito señalar que se afirma que la Comunidad demandada no debía responder por hechos que carecían de vínculo causal con las obligaciones que había asumido como organizadora del espectáculo, ya que en la correspondiente resolución del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se autorizaba el uso del predio, no quedaba obligada a proteger y dar seguridad a los concurrentes.

Por su parte en el dictamen de la Procuración General se indicó que no aparecía con claridad el lugar donde habían acaecido los hechos dañosos, lo cual daba cierta sombra de dubitación sobre las afirmativas anteriores.

### III. Responsabilidad civil contractual

Del trascendente fallo es válido razonar si en virtud de los hechos y de las circunstancias referidas, se está en presencia de una vinculación de orden contractual o situación fáctica asimilable en sus efectos que, ante los daños sufridos por un concurrente, le permita reclamar el resarcimiento por dicha vía.

En este campo se exige como regla el cumplimiento de ciertos requisitos, tales como: una relación convencional perfec-

### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723) (1) CS, *in re* “Mosca”, en Fallos 330:563. ALTERINI, Atilio A., “La responsabilidad del organizador del espec-

táculo deportivo (trascendencia social positiva del fallos de la Corte Suprema en la causa ‘Mosca’), en LA LEY, 2007-B, 360.