

DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO ARGENTINO

Por:
Libardo Orlando Riascos Gómez
Doctor en Derecho
Lriascos@udenar.edu.co
2008

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SELECCIÓN DEL CONTRATANTE Por Alejandra Noillet

Contenido:

1. Contratos de la administración pública
 - 1.2 Concepto
2. Caracteres y régimen jurídicos
 - 2.1. Formalismo
 - 2.2 Desigualdad jurídica
 - 2.3. Derechos y obligaciones personales
 - 2.4. La subcontratación o contratación derivada
 - 2.5. Cláusulas exorbitantes
3. Formación
 - 3.1. Procedimientos administrativos de contratación
 - 3.2. Procedimiento de preparación del contrato
 - 3.3. Actividad precontractual
4. Selección de co/contratantes. Diferentes procedimientos
5. Licitación pública. Concepto. Fases del procedimiento. Fases separables. Principios jurídicos
 - 5.1 Concepto
 - 5.2 Fases del procedimiento
 - 5.3. Actos separables
 - 5.4. Forma en que se realiza la licitación publica
 - 5.5. Principios jurídicos
6. Elementos
 - 6.1. Efectos respecto de terceros
 - 6.2. Ejecución de los contratos
 - 6.3. Prerrogativas de la Administración
7. Hecho o acto del Estado (hecho del príncipe)
 - 7.1. La imprevisión

1. Contratos de la administración publica

Contrato de la Administración.

Los contratos del Estado, "contratos de la Administración o contratos administrativos", están regidos predominantemente por el derecho público y con un régimen jurídico único.

Estrictamente hablando, no hay contratos civiles de la Administración; en principio, todos son de derecho público, sometidos a reglas especiales.

Como ya lo señalamos, los contratos de la Administración se rigen predominantemente por el derecho público, pero los hay también regidos en parte por el derecho privado. Así, están más próximos al derecho civil (más lejanos del derecho administrativo), los contratos de cesión, permuta, donación, locación, compraventa, mandato, depósito, fianza, mutuo hipotecario, transporte, contratos aleatorios. Por el contrario, están más cerca del derecho administrativo los contratos de empleo o función pública, empréstito, concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, obra pública y suministro.

1.2 Concepto

El contrato público o el negocio jurídico de derecho público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas.

La caracterización del contrato de la Administración resulta:

- a) del objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración;
- b) de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y
- c) de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución. Conceptualmente entendemos que contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.

Análisis de la definición.

Veamos analíticamente la definición propuesta:

Es una declaración de voluntad común. En el sentido de que se requiere la voluntad concurrente del Estado (manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra.

Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En tanto es una declaración volitiva, no una actuación material, difiere del hecho de la Administración, y en cuanto importa una concurrencia bilateral de voluntades se distingue del acto administrativo, que por esencia es unilateral.

Productora de efectos jurídicos. El contrato de la Administración, determina recíprocamente atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos (a diferencia de los simples actos de la Administración) y de manera individual para cada una de las partes (por oposición a los reglamentos, que producen efectos jurídicos generales).

Entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa. Cualquiera de los tres órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) puede celebrar contratos administrativos (arts. 75, incs. 4 y 5, 100, inc. 1, 113 y 114 inc. 3, CN). Los órganos estatales intervinientes pueden corresponder a la Administración central o a entes descentralizados. Pero también celebran contratos administrativos los entes públicos no estatales y los entes privados que ejercen técnicamente la función administrativa por delegación estatal.

Y un particular u otro ente público. El contratista puede ser un particular (persona física o jurídica) u otro ente público (estatal o no estatal). En este segundo caso estaríamos ante un contrato interadministrativo.

2. Caracteres y régimen jurídicos

El contrato administrativo o contrato de la Administración tiene elementos comunes al contrato de derecho privado pero con variantes que dependen de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico propio.

2.1. Formalismo

En los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. Estas formalidades discurren a través de una serie de actos preparatorios del contrato. En tal sentido la Corte Suprema ha señalado que: "en materia de contratos públicos la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal" (CSJN, 22/12/93, "Espacio S.A. v. Ferrocarriles Argentinos", JA, nº 5.894, 17/8/94, p. 30).

2.2 Desigualdad jurídica. Las partes contratantes están en un plano desigual. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles. La Administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista.

Cuando una de las partes contratantes es la Administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista. El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el ius variandi que tiene la Administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para:

- Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato). Es decir, que el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público.
- Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista).

- Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual).

Esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la Administración Pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.

2.3. Derechos y obligaciones personales

En principio, los derechos y obligaciones emergentes del contrato administrativo respecto del contratista, son de carácter personal, intuitu personae, por ejemplo, en materia de contratos de empleo público es obvia la imposibilidad de ceder, transferir o negociar el mismo; aunque los hay también intuitu rei.

Celebrado el contrato, la Administración se resguarda de la insolvencia económica, moral y técnica de su contratista, prohibiendo, en principio, la transferencia de los derechos contractuales, salvo autorización o pacto expreso.

2.4. La subcontratación o contratación derivada.

Igual prohibición rige respecto de la subcontratación, por la que un tercero ejecuta el contrato por cuenta y orden del contratista.

Dada la calidad esencial del contratante originario y la prohibición legal o convencional de subcontratación, se prohíbe todo nuevo contrato por el cual una persona extraña a la relación contractual asuma facultades concernientes a la posición de una de las partes por vía de sucesión constitutiva, sin que se extinga la primitiva relación.

No puede el contratista realizar subcontratación sin la previa autorización de la Administración. Esta autorización no exime al contratista de sus responsabilidades.

Estas prohibiciones de ceder y subcontratar, respectivamente, existen por sí, sin que para ello sea necesario incluirlas expresamente en el contrato, porque pertenecen a la esencia o naturaleza de él y su derogación sólo procede por texto expreso, pactado en sentido contrario.

Empero, la subcontratación autorizada por la Administración, otorga al subcontratista acción directa contra ella.

No todo convenio celebrado por el contratista con un tercero, respecto del cumplimiento del contrato principal, implica un subcontrato, ni menos aún una cesión. Así, no son subcontratos los acuerdos que el contratista realice con terceros para proveerse de fondos que faciliten la ejecución del contrato, o con las personas que trabajan a destajo, o con sus proveedores.

2.5. Cláusulas exorbitantes

Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil.

En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían "ilícitas", por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales.

En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera.

Ejemplificando, digamos que son inusuales o inhabituales en derecho privado, las cláusulas que facultan a la Administración Pública a rescindir el contrato por sí y ante sí, o a dar instrucciones a su contratista, o que la Administración quede exenta de responsabilidad por mora en los pagos.

Las cláusulas exorbitantes pueden ser virtuales o implícitas y expresas o concretas; ejemplo de las primeras son las que autorizan a la Administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución. Son cláusulas expresas las incluidas concretamente en el texto de un contrato.

Los límites de estas cláusulas están señalados por la juridicidad de la actividad administrativa, tanto en su aspecto reglado como en el discrecional.

3. Formación

El contrato se forma por la concurrencia de dos voluntades; una de ellas la de la Administración, sujeto imprescindible en el contrato administrativo. La formación de la voluntad de la Administración Pública recorre una serie de etapas, cumplidas por distintos órganos. La selección del contratista de la Administración está sujeta a las normas que instauran distintos procedimientos especiales y reglados a tales fines. La libre selección del contratista es una excepción.

3.1. Procedimientos administrativos de contratación

El contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa. En su consecuencia, por una relación de especie a género, en la preparación y ejecución de los contratos de la Administración se aplica el régimen jurídico de la función administrativa. Ahora bien, en el régimen jurídico de tal función, como principio de ella, encontramos el procedimiento administrativo, es decir, las reglas que rigen la intervención de los administrados interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.

Por todo ello hay que aplicar en la contratación administrativa las normas del procedimiento administrativo. Más aún, el procedimiento de contratación administrativa es un procedimiento administrativo especial.

El procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (precontractual) no se confunde con el contrato, que es el resultado del encuentro de aquella con la voluntad del contratista (persona física o jurídica, privada o pública, estatal o no estatal). El vínculo contractual nace cuando se enlazan la voluntad de la Administración Pública y la del contratista, por el procedimiento legal previsto al efecto.

Tenemos que distinguir, por tanto, un procedimiento precontractual, previo al contrato, de formación o preparación del contrato, y un procedimiento contractual o de ejecución.

3.2. Procedimiento de preparación del contrato

La actividad preliminar al contrato de la Administración adopta las formas jurídicas propias de la función administrativa. Las etapas del procedimiento preparatorio y previo a la emisión de la voluntad contractual, sustancialmente adquieren forma de acto, reglamento, hecho o simple acto administrativos.

Ellas, a tenor de nuestra dogmática jurídica, son las formas por las cuales se exterioriza toda la actividad administrativa del Estado, contractual o no. La actividad administrativa contractual o precontractual no es ajena al régimen jurídico de la función administrativa ni tiene formas jurídicas de manifestación distinta de aquélla.

Los actos, hechos, reglamentos y simples actos administrativos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual, se incorporan unitariamente, aunque de manera separable, en el procedimiento administrativo de conformación de la voluntad contractual. Por ello, las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa (procedimiento administrativo) son también aplicables a la actividad administrativa precontractual (de preparación de la voluntad) y contractual propiamente dicha (de ejecución de la voluntad).

El procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual se integra, además, con la actividad que despliega a ese efecto el futuro contratista de la Administración Pública. En la actividad precontractual, preparatoria o preliminar del contrato administrativo, encontramos también actos y hechos jurídicos privados o de particulares, v.gr., la compra del pliego, la presentación de la oferta, el retiro o desistimiento de la oferta, la constitución de la garantía, la solicitud de inscripción en los registros respectivos, la formulación de observaciones e impugnaciones en el acto de apertura, etcétera.

Por lo tanto, la selección del contratista por cualquier procedimiento (licitación pública, licitación privada, contratación directa, remate público, concurso), no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos, reglamentos y simples actos administrativos, que reciben concurrencia y colaboración de los particulares por medio de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente sea una persona privada.

3.3. Actividad precontractual.

El período preliminar al contrato, más allá de las meras negociaciones previas, supone una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por manifestaciones volitivas de las partes que anticipan un contrato futuro.

A) Precontrato administrativo.

Si bien aún no puede calificárselas de voluntades contractuales (v.gr., presentación y recepción de oferta, rechazo de oferta, retiro de oferta, exclusión de oferente, etc.), crean de suyo un vínculo jurídico obligacional como alternativa previa al contrato, generan una relación jurídica, un vínculo regulado por el derecho, con efectos jurídicos recíprocos, v.gr., los gastos e "intereses negativos" que se originen con motivo de una ruptura intempestiva o arbitraria separación de la negociación. Esta es la cuestión de la denominada culpa "in contrahendo", o sea la regulación de las responsabilidades derivadas de las tratativas previas al contrato, se celebre éste o no.

Estas negociaciones preliminares no son ya indiferentes para el derecho: crean una "vinculación jurídica especial" que origina derechos y deberes anteriores al contrato, precontractualmente, y no confundibles con los derechos y deberes derivados del contrato. Así lo ha expresado la Procuración del Tesoro: "El mero hecho de presentarse a una licitación engendra un vínculo entre el oferente y la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación lo que presupone una diligencia del postulante que excede la común y su silencio hace presumir lisa y llanamente la aceptación de los términos fijados por la Administración..." (Dict. n° 16/98, 17/2/98. Expte. 432202/98. Ministerio del Interior, Dictámenes, 224:119).

Es sin duda arbitrario, y más aún para una concepción del contrato en función social, reconocer que una de las partes tenga un derecho ilimitado a retirar su oferta, o que el Estado licitante revoque, por razones de oportunidad, un llamado a licitación después de que el oferente irrogó a su costa todos los gastos que genera presentar una oferta, o deje sin efecto un concurso de anteproyectos cuando los terceros concursantes han

concluido el trabajo, etcétera. Por ello creemos que no puede negarse fuerza vinculante a la actividad precontractual.

B) **Responsabilidad precontractual.**

En tal sentido debe advertirse que si bien el oferente no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicatario, en el caso de mediar un comportamiento antijurídico del licitante, tiene derecho a ser resarcido de los perjuicios derivados de la relación jurídica precontractual que lo liga al Estado, en la medida en que el oferente no provocó ni motivó el vicio.

La Administración no puede incurrir en la doctrina de los actos propios, contradiciendo una conducta suya anterior y válida que ha generado la confianza de la otra parte, vulnerando la buena fe.

4. **Selección de co/contratantes. Diferentes procedimientos:**

Libre elección:

Concurso: Es un procedimiento de selección del contratista en razón de la mayor capacidad técnica, científica, económico-financiera, cultural o artística entre los presentantes o intervinientes. El concurso puede dirimirse sobre la base de los antecedentes o por una prueba de oposición. Si bien el concurso tiene el sustrato común de la licitación pública, difiere de ella en que la oposición emergente de la concurrencia tiene en vista la totalidad de las condiciones de orden económico-financiero, y de orden técnico-personal, y no se efectúa sólo por las ventajas de la oferta económica, o por el precio.

Licitación privada: Es un procedimiento de contratación en el que intervienen como oferentes solo las personas o entidades expresamente invitadas por el estado.

Contratación directa: Es el procedimiento por el cual el estado elige directamente al contratista, sin concurrencia, puja u oposición de oferentes.

El procedimiento es facultativo. El estado esta obligado a requerir ofertas a tres casas del ramo de la que decida contratar.

Posee competencia para rechazar la oferta de contratación directa por precio inconveniente.

Remate publico: Consiste en la compra y venta de bienes en publico, sin limitaciones de concurrencia y al mejor postor. La adjudicación se hace en el mismo acto, en publico, previa publicidad del llamado, ante una concurrencia indiscriminada, con base estimada o sin ella a favor del precio mas elevado que se ofrezca.

5. **Licitación publica. Concepto. Fases del procedimiento. Fases separables. Principios jurídicos. Etapas.**

5.1 **Concepto**

Licitación publica: es el procedimiento administrativo por el cual la administración, invita a los interesados a que, sujetos a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionara y aceptara (adjudicación) la más ventajosa, o conveniente.

5.2 **Fases del procedimiento**

Las fases del procedimiento de la licitación pública son:

- a) preparatoria
- b) esencial
- c) integrativa.

a) Fase preparatoria. En ella se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. Comprende, pues, los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la preparación del pliego de condiciones. Una vez que se adopta la decisión de contratar, se realizan los proyectos de orden técnico en cuanto a las ventajas, beneficios y posibilidad de realización del objeto del contrato, y económicos, respecto del costo del contrato, la existencia de créditos y su asignación presupuestaria.

b) Fase esencial. Comprende la licitación propiamente dicha, o sea, los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público licitante y de un tercero contratista. En esta fase, como en la siguiente, las relaciones que se entablan son bilaterales, afectan o pueden afectar a terceros, y se desarrolla a través del llamado a licitación, la publicación del anuncio, la apertura de las ofertas, la admisión de oferentes, el estudio de las propuestas, la preadjudicación y la adjudicación.

c) Fase integrativa. Por último, la fase integrativa da lugar a la voluntad objetiva y a su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma en que el derecho positivo lo prevea: notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, instrumentación escrita, etcétera.

5.3. Actos separables

La licitación no es ni un contrato, ni un acto. Es un conjunto de actos, en suma, un procedimiento administrativo especial que tiene que ver con la formación del vínculo jurídico, con la forma de celebrar los contratos.

Así, en la licitación pública, a lo largo del procedimiento, tenemos concurrencia y participación de la voluntad administrativa del licitante con la voluntad particular del licitador, exteriorizada a través de las formas jurídicas siguientes:

- 1) pliego de condiciones generales (reglamento administrativo)
- 2) pliego de especificaciones técnicas (acto administrativo)
- 3) llamado a licitación o concurso (acto administrativo)
- 4) publicaciones (hecho administrativo)
- 5) solicitud de inscripción registral, constitución de garantía y presentación de propuesta, (acto jurídico privado)
- 6) exclusión de oferente (acto administrativo)
- 7) recepción de ofertas (acto administrativo)
- 8) negativa a recibir oferta (acto administrativo)
- 9) apertura de ofertas (hecho administrativo)
- 10) observaciones e impugnaciones al acto de apertura (acto jurídico privado)
- 11) admisión (acto administrativo);
- 12) desistimiento del licitador (acto jurídico privado)
- 13) desistimiento del licitante (acto administrativo)
- 14) preadjudicación (simple acto de la Administración);
- 15) adjudicación (acto administrativo),
- 16) notificación y aprobación de la adjudicación (acto administrativo).

A esas formas jurídicas, públicas y privadas, se reduce, en suma, todo el procedimiento de la licitación pública. Después, en la etapa contractual o de ejecución pueden también existir actos separables que adopten forma de acto administrativo, v.gr., certificado de obra pública, rescisión unilateral de la Administración, sanciones administrativas (multa, recargos, intereses, etcétera).

Si se afirma que los actos integrativos del procedimiento licitatorio no son separables, ni autónomos, ni independientes entre sí, sino que se encuentran incorporados al contrato de manera unitaria, se restringe en grado sumo la protección jurídica de los oferentes, pues sólo será impugnable el contrato, no sus actos

preparatorios, preliminares, componentes e integrativos; por ello sólo las partes contratantes, o sea el ente público licitante y el adjudicatario (no los demás oferentes), estarán legitimados sustancial y procesalmente para impugnarlo, haciéndolo ante el juez del contrato. Los oferentes no adjudicatarios no pueden impugnarlo, ya que no son partes en el contrato, no intervienen en el vínculo jurídico bilateral, son ajenos a la negociación administrativa. Además, el adjudicatario rara vez tendrá interés en atacar el procedimiento previo al nacimiento del contrato, pues puede que a él no le haya ocasionado ningún perjuicio, sino que, por el contrario, se favorezca con el vicio de ilegitimidad, o puede ser que él mismo lo hubiere provocado, v.gr., un adjudicatario no inscripto en el registro respectivo.

Por el contrario, si se separa el contrato de los actos administrativos previos que contribuyen a su constitución y se confiere individualidad y autonomía jurídica a esos actos integrativos del procedimiento licitatorio preparatorio de la voluntad contractual, será más amplia la protección jurídica de los oferentes. Entonces, será factible su impugnabilidad directa por todos los oferentes durante la sustanciación del procedimiento precontractual y aun después de celebrado el contrato, a través de recursos administrativos y acciones procesales administrativas, como medios idóneos de impugnación de los actos administrativos separables: llamado a licitación, exclusión de oferentes, recepción, admisión, adjudicación, desistimiento del licitante, etcétera.

5.4. Forma en que se realiza la licitación pública

Cuando la administración resuelve contratar, a cuyo efecto confecciona un pliego de condiciones, en el se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los estados y su co-contratante o adjudicatario de aquella.

Una vez aprobado el pliego de condiciones por la autoridad competente se invita a los interesados a presentar su oferta: esto es lo que tradicionalmente se denomina "llamado a licitación".

Las personas interesadas que estén en condiciones de efectuar el suministro o realizar la obra, prestan sus ofertas ante la autoridad administrativa correspondiente.

Las propuestas se formulan por escrito y en sobre cerrado. En el día, hora y lugar indicados, en presencia de los intervinientes y de los órganos competentes, se procede a la apertura de los sobres a través de un procedimiento formal y actuado. Después la actividad licitatoria pertenece casi exclusivamente al dominio de los órganos administrativos.

Una vez finalizado el acto se pasan las propuestas a estudio de organismos técnicos encargados de asesorar a la autoridad que ha de adjudicar la licitación. El procedimiento no es siempre exactamente igual ya que a veces la adjudicación tiene lugar de inmediato, al terminar la apertura de las propuestas, declarándose adjudicatario a quien cotizó el precio más bajo o menor.

Puede procederse de ese modo en las licitaciones en las que están determinadas de manera absoluta todas las condiciones del suministro, obra o servicio requerido, limitándose los proponentes a fijar el precio. Pero cuando, como es frecuente, esto no ocurre y deben establecerse en las propuestas algunas condiciones del negocio, como ser: características técnicas del producto a suministrar, plazas de entrega, forma de pago, etc., la adjudicación no puede hacerse de inmediato por cuanto se requiere un minucioso estudio de todas las ofertas, lo que se traduce en una etapa preliminar de "preadjudicación".

Del estudio que hacen los organismos técnicos, se llega a la conclusión que tal o cual propuesta es la más ventajosa. Si esta no merece observaciones y se halla en un todo de acuerdo con lo estipulado en el pliego de condiciones es "aceptada" a través de la adjudicación.

Posteriormente se perfecciona la voluntad contractual y el contrato mismo con la notificación de la adjudicación, aprobación, homologación, formalización escrita, etc. de acuerdo con las particularidades de cada ordenamiento jurídico.

5.5. Principios jurídicos

- Libre concurrencia
- Igualdad entre los ofertantes
- Publicidad

· transparencia

a) Libre concurrencia. El principio jurídico de la libre concurrencia afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso.

No obstante, el principio no es absoluto. La normativa jurídica impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad de los concurrentes. Dichas limitaciones o restricciones son por ejemplo la exclusión de oferentes jurídicamente incapaces; la exigencia de honorabilidad profesional y comercial del proponente (se excluyen los fallidos no rehabilitados, o los anteriores adjudicatarios que no ejecutaron correctamente el contrato o si éste se rescindió por su culpa), y la exigencia de honorabilidad civil, al preverse en los pliegos de condiciones o reglamentos de contrataciones, la exclusión de oferentes condenados penalmente o de funcionarios públicos incompatibles por su empleo para intervenir como proponentes. Pero además de esta capacidad genérica, la Administración puede exigir en los pliegos de bases y condiciones, determinados recaudos de capacidad técnica y de solvencia económico financiera, que le aseguren un contratista idóneo.

Por último, cabe señalar que la Administración no puede elegir individualmente a sus proponentes; si así lo hiciera, la concurrencia no sería libre. Por tanto, la publicidad del llamado a licitación es una consecuencia obligada del principio jurídico de la libre concurrencia.

b) Igualdad entre los oferentes. La igualdad exige que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.

El trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes:

- 1) consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes
- 2) respeto, dentro de lo posible, de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; si es necesario modificar un plazo, el mismo debe ser igual para todos los concurrentes
- 3) cumplimiento por parte de la Administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista
- 4) inalterabilidad en lo esencial de los pliegos de condiciones
- 5) respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres;
- 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación
- 7) conocimiento de las demás ofertas después del acto de apertura
- 8) indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta
- 9) invitación a participar en la licitación que se promoviera ante el fracaso de otra anterior.

Los pliegos de condiciones, en suma, deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el principio de igualdad, lo cual no excluye que se establezcan otras preferencias en favor de determinadas categorías de oferentes. Son nulas las cláusulas que impliquen monopolio, salvo excepciones previstas por la ley. Tampoco pueden fijarse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas, ni señalar marcas de fábricas o rótulos comerciales preferenciales. Es, asimismo, nula toda fórmula de tanteo, retracto o mejora de proposición una vez conocidas las de los demás concurrentes, salvo excepción normativa expresa, como es el caso del "empate de ofertas".

Consecuentemente, la adjudicación o la formalización del contrato respectivo debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases del pliego de condiciones que determinaron la adjudicación, no pudiendo después de ella realizar alguna modificación de la oferta aceptada ni del pliego de condiciones sobre el que se hizo la licitación. Si se lo hace, es ilegal y viola el principio de igualdad.

Además, toda ventaja concedida por el licitante en favor de un licitador, que simultáneamente no haya sido dada en beneficio de los demás oferentes, lesiona o infringe también el principio de igualdad.

En cambio, no resultaría afectado en modo alguno el principio de igualdad, si después de concluido el contrato se elevaran los precios a favor del adjudicatario por razón de mayores costos posteriores. Con ello en nada se perjudican los demás proponentes, pues si alguno de ellos hubiese ganado la licitación también habría tenido que recurrir a la teoría de la imprevisión.

Sin embargo, como todo principio, el de igualdad en la licitación no posee un carácter absoluto, pudiendo admitir excepciones por motivos racionales

c) Publicidad. Se manifiesta en un doble sentido en la licitación pública, procedimiento administrativo especial.

Desde el llamado a licitación, la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia.

Durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la licitación debe efectuarse en forma pública. En este sentido, gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio son abiertos al público en general, y a los licitadores en particular.

d) Transparencia. La transparencia, como principio rector de la licitación pública, abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

e) Equidad y eficiencia. La equidad, como moderación en el precio de las cosas que se compran, o en las condiciones que se estipulan para los contratos, y la eficiencia, en tanto virtud y facultad para seleccionar el mejor contratista posible, y asegurar así el bien común, son dos nuevos principios rectores que se suman a los ya mencionados del procedimiento licitatorio.

Etapas

- Partida presupuestaria
- Pliegos
- Recepción de ofertas
- Apertura
- Ordenamiento de mérito
- Adjudicación (inicio de la etapa contractual)

Excepciones a la licitación pública. Las excepciones al procedimiento licitatorio deben ser interpretadas en forma estricta y restrictiva, atendiendo al fundamento con que se las ha acordado.

Cuando la norma jurídica obliga a la licitación pública para las contrataciones administrativas, el cumplimiento de esa formalidad asume carácter ineludible. Sólo puede prescindirse de dicha forma procedimental en los casos enumerados taxativamente por la ley.

Las excepciones al procedimiento de la licitación pública se fundan en razones de imposibilidad legal, de naturaleza, de hecho, por razones de conveniencia administrativa, por atendible "razón de Estado" y por "seguridad pública".

De conformidad con el derecho positivo vigente, las excepciones a la licitación pública están taxativamente señaladas. Se indican como causas que las justifican, al monto menor, la urgencia, los trabajos adicionales, la reserva o secreto de Estado, etcétera.

a) Monto menor. Cuando el monto del contrato no alcanza la base o tope fijado para la realización del procedimiento licitatorio, la regulación indica que estará exceptuado en razón del "monto menor".

b) Urgencia. Tanto la ley de obras públicas como la de contabilidad autorizan a contratar directamente por razones de urgencia.

La procedencia de la causal exige algunos presupuestos esenciales (fáctico-legales). No toda urgencia admite la excepción procedimental. La urgencia debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

La urgencia es una cuestión de hecho, concreta, actual, que debe ser debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios técnicos, y verificada por la autoridad competente.

c) Adicionales. Los trabajos adicionales complementarios y accesorios de una obra en curso de ejecución, también pueden contratarse directamente. Esta excepción sólo la prevé nuestro ordenamiento jurídico para los contratos de obras públicas, no así para los contratos de suministro, locación y otros

Los presupuestos fácticos y jurídicos requeridos para la viabilidad de la excepción, son los siguientes:

- 1) que se trate de trabajos adicionales, indispensables de una obra pública, cualquiera que haya sido el procedimiento por el que se la contrató
- 2) que la obra pública principal esté en curso de ejecución, es decir, que la obra se haya iniciado, y no haya concluido ni esté paralizada
- 3) que los trabajos no hubiesen sido previstos en el proyecto y en caso de haber sido previsibles, que no hubieran podido incluirse en el contrato por circunstancias de hecho o de derecho
- 4) que el importe de los trabajos adicionales no exceda del límite porcentual acumulativo fijado en la escala legal, respecto del costo original de la obra contratada.

d) Reserva o secreto de Estado. Se autoriza la contratación directa "cuando la seguridad del Estado exija garantía especial o gran reserva o "cuando las circunstancias exijan que las operaciones del gobierno se mantengan secretas

e) Capacidad especial. Exceptúase también de la licitación pública la contratación en que resulta decisiva la capacidad artística, técnica o científica, la destreza o habilidad o la experiencia particular del sujeto, en razón de que su ejecución sólo puede ser realizada por empresas, personas o artistas especializados La explicación de la excepción resulta de la propia naturaleza del contrato en que la especial profesionalización del contratista torna imposible recurrir a la licitación.

f) Marca o privilegio. Las leyes prevén también la excepción para la ejecución de trabajos amparados por patente o privilegio, o la adquisición de bienes cuya fabricación o venta sea exclusiva

La tutela de la propiedad intelectual del oferente o de un privilegio otorgado expresamente, hacen imposible el proceder por licitación, ya que sólo la persona, entidad o empresa que posee el privilegio de invención o fabricación, podrá presentarse formulando ofertas.

Son condiciones para la excepción:

- 1) que la prestación (obra, trabajo, servicio, suministro, etc.) se halle amparada legalmente por marca o patente, de acuerdo con el régimen de ellas en cuanto a exclusividad, duración, etcétera
- 2) que la necesidad de la Administración no pueda ser satisfecha igualmente con otros artículos, objetos o productos de distinta clase no sujetos a marca o patente, pues si eso fuera posible el precepto no sería aplicable.

g) Monopolio. Se trata del suministro de productos o prestación de trabajos "poseídos sólo por una persona o entidad", que lleve a cabo de hecho su fabricación, venta y explotación exclusiva. En el caso de marcas, patentes y privilegios, la exclusividad es conferida por el derecho que le otorga el monopolio. El monopolio de hecho, por sí solo no es suficiente para autorizar la excepción en los casos en que los objetos a adquirirse sean poseídos exclusivamente por personas determinadas, si carecen de título jurídico justificativo de la exclusividad.

h) Contratos en otros Estados. Las compras y locaciones que sea menester efectuar en países extranjeros, siempre que no sea posible realizar en ellos licitación, pueden hacerse por contratación directa

La causa habilitante es la "imposibilidad de hecho", caracterizada por las dificultades e inconveniencias prácticas de realizar el procedimiento licitatorio en otro Estado, dado que se requiere una elemental pero siempre compleja infraestructura física, material y humana.

i) Escasez. Exceptúase también de la licitación pública el supuesto de notoria escasez en el mercado local de los bienes a adquirir. La falta o ausencia de ciertos bienes en un momento determinado o su poca existencia, justifica que se obvie el procedimiento licitatorio que, además de provocar costos a cargo del ente público licitante, por su tramitación no permite contratar con la premura que el hecho suele requerir. Esa circunstancia

tiene que ser notoria, conocida, sabida, pública, es decir, no reservada. Además, la falta de bienes tiene que referirse al "mercado local", entendiendo por tal el mercado interno o nacional, no el mercado "regional", de "plaza" o "zona", en que tiene su radicación física el licitante. Ambas circunstancias deben ser acreditadas y probadas concretamente por las oficinas técnicas competentes.

j) Productos perecederos. Otro caso de excepción al procedimiento de la licitación pública, contemplado en la normativa vigente como supuesto particular de urgencia, es la venta de productos perecederos y de elementos destinados al fomento de las actividades económicas del país o para satisfacer necesidades de orden sanitario

k) Reparaciones. En cuanto a la reparación de vehículos y motores, sólo se autoriza como excepción, cuando sea indispensable, el desarme total o parcial del vehículo o motor para determinar las reparaciones necesarias. Su regulación normativa no deja de ser un caso más de urgencia, cuyos principios son aplicables extensivamente (decr. ley 23.354/56, art. 56, 3, ap. e, y RCE, art 56, inc. 12).

l) Material docente y científico. Si bien la normativa no contempla este supuesto como excepción a la licitación pública, entendemos que se debe facultar la realización de contratación directa para la adquisición de material docente, científico y bibliográfico.

m) Contratos interadministrativos. Cuando el contratista de la Administración es otro ente público estatal o no estatal supuesto de los contratos interadministrativos, la ley admite la contratación directa como procedimiento para su elección

n) Contratos de entes públicos no estatales. La normativa no contempla como excepción los contratos administrativos celebrados por un ente público estatal con otro ente público no estatal.

ñ) Licitación pública desierta. Se denomina así a la licitación pública a la que no se ha presentado ningún proponente. Ello habilita a contratar directamente o a efectuar un nuevo llamado a licitación privada, según la Administración lo estime conveniente

o) Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas. La normativa en materia de contrataciones administrativas también prevé como causal de contratación directa la licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas

Oferta inadmisibles no es oferta inconveniente, sino una oferta que, conveniente o no, no se ajusta a los requisitos de los pliegos y bases de la licitación. Se trata de una oferta que no ofrece exactamente lo solicitado o no lo ofrece en las condiciones o con los requisitos requeridos.

p) Licitación pública fracasada por inconveniencia de las ofertas. También es posible que el procedimiento licitatorio público fracase por ofertas inconvenientes. Esto es, ofertas presentadas, admisibles, ajustadas a las bases, cláusulas y condiciones del pliego y al objeto solicitado, pero que por razones de inconveniencia de precio, financiación, etc., son rechazadas.

6. Elementos

En los contratos administrativos hallamos los mismos elementos que en los actos administrativos:

1. Sujetos (competencia y capacidad)
2. Voluntad
3. Objeto
4. Forma.

Estos son los elementos esenciales que atañen a la existencia y validez del contrato.

" Las diferencias que existen responden principalmente a la naturaleza bilateral de los contratos. Pero como jurídicamente los actos preparatorios del contrato (actos, simples actos, hechos y reglamentos) son separables, cabe aplicarles las normas propias contenidas en las respectivas leyes de procedimiento.

1. Sujetos:

Las partes del contrato. Los sujetos de los contratos públicos son la Administración Pública en cualquiera de sus grados o clases y los particulares, individual o colectivamente, o también la Administración. En síntesis, pueden ser sujetos de la contratación administrativa: las personas físicas o naturales, las personas jurídicas privadas y las personas jurídicas públicas, estatales o no estatales.

a) **La Administración.** Pueden ser sujetos de los contratos de la Administración todas las personas públicas, es decir: Estado Nacional, provincias, municipios, entidades autárquicas, empresas del Estado, corporaciones públicas, consorcios públicos, juntas vecinales públicas, y también las personas privadas, que en el caso ejerzan función administrativa por delegación estatal. En todos los casos los principios aplicables son los mismos, las reglas son análogas, pues siempre será parte un órgano estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa.

b) **Los contratistas.** Pueden ser contratistas de la Administración Pública, las personas privadas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales.

En el contrato de empleo público será siempre una persona física; en el contrato de concesión de servicios públicos, obra pública, suministro, etc., generalmente se tratará de una persona jurídica, aunque nada obsta para que sea una persona física.

1. Competencia y capacidad.

Los conceptos "competencia" y "capacidad" integran el elemento sujeto. Ambos atañen a la validez del contrato, pues se exige que los sujetos contratantes tengan aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato. Por lo tanto, como presupuestos del consentimiento, se exige la capacidad jurídica del contratista de la Administración y la competencia del órgano estatal o del ente que ejerce la función administrativa.

La formación de la voluntad contractual se produce al otorgar los contratantes su consentimiento mediante el procedimiento legal y reglamentario correspondiente, pues la voluntad estatal debe expresarse según las formas especiales que el derecho público prevé.

a) **Capacidad jurídica del contratista.** Podrán ser contratistas las personas naturales o jurídicas que se hallen en plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar. El art. 1160 del CC establece expresamente quiénes no pueden contratar. Así carecen de capacidad los incapaces absolutos (art. 54, CC) y los incapaces relativos en los casos en que les está prohibido (art. 55, CC). Estos incapaces pueden contratar a través de sus representantes legales (art. 56, CC).

Además, el Reglamento de Contrataciones del Estado (RCE) determina los requisitos para poder contratar con el Estado (art. 61, inc. 2º, según decr. 825/88) y especifica quiénes pueden contratar aun sin ciertos requisitos y quiénes no podrán hacerlo (art. 61, incs. 3º y 4º, según decr. 825/88). Así, entre otros imposibilita a los agentes y funcionarios públicos y a las firmas integradas por los mismos; las personas físicas o jurídicas en estado de concurso, quiebra o liquidación; los inhabilitados; los condenados en causa criminal; los evasores y deudores morosos impositivos o previsionales.

En síntesis.

Las restricciones sobre la capacidad jurídica del contratista se deben a diversas razones: penales (procesados y condenados), económicas (quebrados, concursados, interdictos), administrativas (culpables de la rescisión de contratos administrativos), éticas (participación de funcionarios públicos).

b) Competencia de la Administración contratante: alcance. La competencia del órgano estatal para contratar se extiende a las siguientes facultades:

- 1) aprobar y modificar los pliegos de condiciones;
- 2) suspender el procedimiento de selección;
- 3) adjudicar
- 4) acordar la recepción definitiva
- 5) disponer la resolución y rescisión contractual.

2.Voluntad. Consentimiento.

Para que haya contrato se requieren dos voluntades válidas y opuestas que concurran a su formación. Una de ellas es la de la Administración y la otra la del contratista. Es decir que se exige para la validez del contrato, por un lado, la competencia del órgano que ejerce la función administrativa, y por otro, la capacidad del contratista. Competencia y capacidad atañen a los sujetos contratantes y son presupuestos de validez del contrato. El consentimiento como expresión de la voluntad válida común, hace a la existencia del contrato; como recaudo existencial del acto, importa la manifestación de voluntad coincidente de las partes.

El consentimiento es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes; es la declaración de voluntad común o negocial.

El contrato es negocio bilateral. Es la resultante negocial unitaria de manifestaciones provenientes de dos o más partes.

Puede que el consentimiento o lazo jurídico vinculativo resulte de la libre discusión entre la Administración y el contratista, pero las modalidades propias del derecho administrativo y la finalidad de la actividad de la Administración Pública, hacen que la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el administrado contratista a cláusulas prefijadas por el Estado para los respectivos casos. En tales supuestos, la fusión de voluntades se opera sin discusión, por adhesión del administrado (contratante adherente), quien se limita a "aceptar" las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el Estado (predisponente). La falta de discusión de las cláusulas del contrato no impide que éste exista, aunque en él prevalezcan cláusulas reglamentarias (por ejemplo, pliego de condiciones).

Estas cláusulas de adhesión se destacan por ser:

- 1) pre-redactadas, conformando un verdadero contrato,
- 2) cláusulas para contratos en general, es decir, de convenciones propuestas a cualquier destinatario.

a) Voluntad contractual tácita.

En relación al consentimiento en los actos jurídicos, éste puede ser expreso o tácito; sin embargo, en el caso de los contratos administrativos el consentimiento de la Administración debe ser expreso; no es factible, en principio, el consentimiento tácito, que es admisible en los contratos privados (arts. 1145 y 1146, CC). El silencio administrativo sólo vale como conducta positiva o asentimiento por parte de la Administración, consentimiento tácito, cuando el orden jurídico expresamente lo prevé. La voluntad de la Administración puede manifestarse tácitamente cuando así ha sido pactado por las partes en el contrato y éste se halle en vías de ejecución, o por la omisión de los actos que debiera emitir si su voluntad fuera contraria a lo actuado por el contratista.

b) Aprobación o autorización administrativa o legislativa del contrato. Control. En ciertas circunstancias la manifestación de la voluntad contractual de la Administración requiere una ley autorizante que concurra a la formación jurídica de la voluntad. A través de dicha ley el Congreso presta su asentimiento o da su

consentimiento para que la Administración celebre el contrato, ya sea autorizándolo a priori o aprobándolo a posteriori.

La Administración puede necesitar la autorización legislativa para celebrar determinado contrato o requerir la inversión de fondos que sólo el Congreso puede acordar. En el primer caso la ley simplemente levanta el obstáculo jurídico que impide actuar a la Administración, habilitándola para celebrar el contrato. En el segundo caso, otorga los recursos para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato (crédito presupuestario o autorización de gastar con determinado objeto, hasta la concurrencia de cierta suma, durante determinado tiempo).

La aprobación legislativa supone la participación directa del órgano legislativo en la celebración del contrato, esto es, cuando el contrato debe ser aprobado por ley; pero el contrato es siempre un acto distinto de la ley misma.

Cuando se requiere la aprobación de otro órgano administrativo para la perfección del contrato, la intervención del órgano superior es a fin de completar e integrar la voluntad administrativa. La aprobación es, por tanto, una etapa en el proceso de formación de la voluntad administrativa y el contrato no estará perfeccionado sino con ella..

3. Objeto.

El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. El objeto del contrato, en otros términos, es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes (art. 1169, CC).

Los contratos de la Administración pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. Cláusula abierta ésta, que convierte al objeto de la contratación administrativa en prácticamente ilimitado.

Las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo de los contratos de la Administración, como ocurre con los bienes del dominio público; por ejemplo, una concesión de uso especial de la dominialidad pública. En el contrato administrativo la Administración, durante la ejecución de él, puede variar unilateralmente, dentro de ciertos límites, y en razón del interés público, el objeto del contrato.

El contenido del contrato debe ajustarse estrictamente a las normas del derecho objetivo, debiendo el objeto ser cierto, posible, determinable o determinado y lícito. El contrato que contenga un objeto ilícito es nulo; por ejemplo, la constitución de un usufructo sobre bienes del dominio público sin ley que autorice a hacerla (art. 2839, CC); el llamado a licitación para construir una plaza de toros, estando prohibidas las corridas; o un reñidero, estando prohibidas las riñas; o cláusulas por las que se renuncia contractualmente a los llamados "poderes de policía". El contrato ilícito por razón del objeto comprende tres especies diferentes: el contrato ilegal, o contrario a normas imperativas; el contrato prohibido, o contrario al orden público, y el contrato inmoral, o contrario a las buenas costumbres (arts. 21 y 953, CC).

La causa, el motivo o la razón determinante de los contratos de la Administración, es satisfacer un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva. Es independiente del móvil que induce a contratar al contratista y del móvil que pueda determinar el contrato en la mente o en la intención del funcionario, que expresa o ejecuta la voluntad de la Administración Pública. Mientras que estas dos últimas son esencialmente subjetivas, corresponden al yo, al fuero interno de los sujetos físicos que participan en su formación, la causa del contrato administrativo es siempre objetiva, está ontológicamente comprendida en el objeto y en la voluntad.

En nuestro derecho positivo nacional, el art. 7º, incs. b , e y f de la LNPA incorpora la causa, la motivación y la finalidad como elementos esenciales del acto administrativo, y de suyo del contrato administrativo, que están comprendidas en el objeto y en la voluntad contractual de la Administración. No hacemos distinciones metodológicas entre causa, motivación y finalidad, porque no creemos en la autonomía de uno y otro término. La causa o motivación y la finalidad son siempre la satisfacción de un fin público, del interés público, cualquiera que sea la especificidad de éste. La Administración debe cuidar de establecer expresamente los motivos determinantes de su obrar. Cuando la ley exige, como en nuestro caso, esa motivación, su omisión provoca la nulidad del acto o contrato que realice o ejecute.

1. Forma.

Tenemos que distinguir entre formalidades y forma. Las **formalidades** son los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato. Pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación), al encuentro de ambas voluntades.

La **forma** es uno de los elementos esenciales. Se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual.

En virtud del principio de libertad formal, nada impide, a falta de texto expreso que se exija una forma determinada, que los interesados usen la forma que juzguen más conveniente. Generalmente se requiere la forma escrita, aunque en nuestro derecho no existe reglamentación sobre el particular. Tampoco hay formas especiales genéricas para la contratación administrativa. La forma escrita puede consistir en una escritura pública o en un instrumento público, por la actuación del funcionario administrativo competente (art. 979, inc. 2, CC). Si la normativa establece que el contrato de la Administración conste por escrito, la forma escrita debe reputarse indispensable y condiciona su validez.

La formalización escrita o la instrumentación del acuerdo de voluntades suscripto por las partes es requerida, por ejemplo, para el contrato de obra pública .

Las reglas sobre instrumentación del contrato configuran un régimen específico de contenido administrativo. El Código Civil, se aplica supletoriamente.

La no observancia respecto de las formas prescriptas por leyes y reglamentos para instrumentalizar los contratos administrativos, vicia de invalidez a éstos.

La verificación o demostración de la relación jurídica depende de que los contratos tengan o no una forma determinada. En ese caso, no se juzgarán probados si no estuvieren formalizados en la forma prescripta .

El perfeccionamiento de los contratos depende del derecho positivo. Podemos señalar las siguientes formas:

- a) la manifestación recíproca de voluntad de los contratantes;
- b) la notificación o comunicación fehaciente de la aceptación, adjudicación, por parte de la Administración;
- c) la formalización escrita o instrumentación,
- d) la autorización o aprobación del contrato por otro órgano administrativo o por el órgano legislativo.

6.1. Efectos respecto de terceros.

En derecho privado, los contratos no pueden ser ni opuestos a terceros ni invocados por ellos (art. 1199, CC). Por el contrario, en derecho público, los contratos de la Administración pueden, en ciertos casos, ser opuestos a terceros; tienen efectos que se extienden a terceros que no son partes. Por ejemplo, en las concesiones de obra pública, el concesionario tiene derecho a exigir de ciertos terceros el pago proporcional de la obra (contribuciones de mejoras); en las concesiones de servicio público el concesionario puede adquirir atribuciones de carácter policial, derecho de expropiar (art. 2º, ley 21.499, v.gr. art 6º, decr. 2039/90), de imponer servidumbres administrativas, etc., todo lo cual incide respecto de terceros.

A su vez, los terceros pueden invocar el contrato administrativo, por ejemplo en la concesión de servicio público, por el cual pueden exigir que el concesionario preste el servicio correspondiente en la forma pactada. Lo convenido entre la Administración Pública y el contratista es la ley, a la cual habrán de sujetarse los usuarios del servicio, o de la obra, o los contribuyentes beneficiarios de ella, según los casos.

El precio del servicio público concedido se fija también en el contrato, y los usuarios del servicio están obligados no sólo a ajustarse a él, sino también a soportar las variaciones que la Administración Pública autorice a introducir en él posteriormente.

6.2. Ejecución de los contratos

La administración posee prerrogativas para la ejecución del contrato.

1. **Ius Variandi:** la adm. podrá modificar las condiciones del contrato hasta un punto racional.
2. Posibilidad de mayores penalidades al contratista que incumpla con sus obligaciones

6.3. Prerrogativas de la Administración

Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo. En este sentido puede decirse que la libertad de las partes queda circunscripta o limitada por la norma que fija el procedimiento para elegir al contratista; la aprobación o autorización legislativa o administrativa, y la subordinación del objeto al interés público. El contratista no tiene, en principio, la libertad de disentir respecto de las condiciones del contrato; sólo puede aceptarlas o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público sobre los intereses privados. En consecuencia, las prerrogativas de la Administración se manifiestan en la desigualdad jurídica en relación a sus contratistas y en las cláusulas exorbitantes del derecho común.

7. Hecho o acto del Estado (hecho del príncipe)

Cuando la ecuación económico-financiera del contrato administrativo se altera por un acto imputable al Estado, da lugar al denominado hecho del príncipe.

Esta denominación se acuñó en los albores de la formación del derecho público en la Europa del absolutismo y ha sido mantenida y repetida mecánicamente hasta nuestros días. Nuestro país, de indudable tradición republicana, nos impone ser consecuentes y por ello se propone denominar a esta teoría en forma acorde con lo que en realidad ocurre: se trata de hechos o actos del Estado.

El acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho o acto del Estado. Para configurarse la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato. Así lo ha considerado la Procuración del Tesoro expresando que el hecho del príncipe se funda en el álea administrativa, proviene de actos o hechos de los órganos estatales y justifica una reparación integral.

En el supuesto en que el acto lesivo a los derechos del contratista, provenga de una autoridad pública de una esfera de competencia distinta de la que celebró el contrato, v.gr., un contrato celebrado por una provincia que se vea alterado por resoluciones emitidas por la autoridad nacional, estaremos en presencia de la imprevisión, por ser el acto lesivo ajeno o extraño a la autoridad estatal que celebró el contrato, circunstancia que torna aplicable la teoría de la imprevisión.

Esta teoría se aplica a toda clase de contrato administrativo, pero solamente en los casos de alteración contractual por actos de alcance general, ya que los de alcance particular dan lugar a la responsabilidad contractual del Estado.

El hecho o acto del Estado se manifiesta a través de decisiones jurídicas o acciones materiales que pueden modificar las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato, lesionando los derechos del contratista.

Los principios que fundamentan la responsabilidad del Estado en este caso, radican en los arts. 16 y 17 de la Constitución, en tanto garantizan la protección a los derechos, en especial la inviolabilidad de la propiedad (art. 17), por lo cual el contratista no podrá ver menoscabado su derecho o interés en función del interés público, a consecuencia de una norma o disposición de carácter general que altere la economía del contrato. Por ello, es que procede la indemnización pertinente en los casos de lesión patrimonial al particular. Sólo el acto de poder anormal o extraordinario que afecte la ecuación financiera del contrato da lugar a la aplicación de la llamada teoría del hecho del príncipe, para responsabilizar al Estado, pues el acto de poder normal u ordinario, aun en el caso de disposiciones generales, que sólo tornen un poco más gravoso el contrato, queda a cargo del contratista.

Por otro lado, hay que diferenciar entre responsabilidad por hechos o actos del Estado y responsabilidad contractual del Estado. La primera supone una norma general emanada de la autoridad pública; la segunda supone una disposición o resolución específica relacionada con el contrato administrativo; por ello es que la responsabilidad por hecho del príncipe es indirecta o refleja, es un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, a la que el contratista no puede renunciar anticipadamente.

La aplicación de estos principios obliga a la Administración Pública, al Estado, a indemnizar íntegramente al contratista por los perjuicios que el acto estatal le haya causado al alterar el contrato.

Como señaláramos la responsabilidad del Estado por hecho del príncipe se funda en el art. 17 de la Constitución, y de acuerdo a los principios que rigen la expropiación, el contratista tendrá siempre derecho a que se le restituya el valor del daño emergente. En cuanto al lucro cesante, el pago de éste no siempre es reconocido por las leyes que rigen la expropiación. Por lo tanto, el límite del deber del Estado de indemnizar íntegramente a su contratista en estos casos en relación al lucro cesante, dependerá del régimen específico que se aplique.

El acto del Estado puede producir los efectos propios de la fuerza mayor, o sea que pueden ser definitivos o provisionales (resolutorios o dilatorios, respectivamente), dando lugar, según el caso, a la rescisión del contrato o a que se determine la suspensión o paralización de su ejecución.

Para la procedencia de la indemnización se exige que el perjuicio exista efectivamente; y que tal perjuicio sea resarcible, en mérito a que:

- a) el daño se haya producido imprevistamente, sin que pudiera razonablemente haberlo tenido en cuenta en el momento de celebrar el contrato
- b) que la medida estatal determinante del daño haya sido de carácter general
- c) que tal medida provenga de cualquier autoridad pública, siempre que pertenezca a la misma esfera de competencia.

7.1. La imprevisión

Ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores, y sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del contratista, es obligación del Estado asistirlo para que pueda cumplir el contrato. Es la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos.

a) Concepto y requisitos.

Es un acontecimiento ajeno a la Administración que no ha podido preverse en el momento de celebrar el contrato, y que si bien no hace imposible la ejecución del mismo, acrece en gran proporción las cargas del contratista y afecta profundamente la economía del contrato.

La imprevisión es, en definitiva, un dispositivo jurídico que permite al contratista obtener un reajuste obligacional y/o la resolución del contrato, como remedios tendientes a reducir su onerosidad a los límites previstos por los contratantes en el momento de la celebración del acto, en el caso de revisión o reajuste del contrato, o la liberación de la obligación directamente, en el caso de resolución del mismo.

La circunstancia que causa el desequilibrio económico es ajena a la voluntad de las partes. Puede ser, incluso, una circunstancia administrativa, pero de otra autoridad pública, por ejemplo medidas adoptadas por la Nación que afectan a un contrato de una provincia. El acontecimiento causante no debe serle imputable al Estado, pues si lo fuera, tendría vigencia el hecho del príncipe.

Trátase de comportamientos reflejos, derivados de las fluctuaciones del mercado, alza de precios, aumentos salariales, desvalorización de la moneda, restricción en los gastos o consumos, etcétera.

En cuanto a su fundamento se parte de la equidad, la buena fe, el enriquecimiento sin causa. La imprevisión para su aplicación en el derecho administrativo, no requiere de una ley formal que la declare vigente o aplicable, pues surge de la Constitución su plena vigencia y aplicación. El fundamento constitucional radica en los arts. 16 y 17, en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas y en la obligación de indemnizar los menoscabos al patrimonio o propiedad. Esos principios son operativos por sí mismos, aun en ausencia de cualquier ley formal.

Además, la previsión normativa del art. 1198 del Código Civil, es un principio general para todo contrato conmutativo, que incorpora el instituto a nivel legal y no sólo en el ámbito del derecho privado, dado que se trata de una categoría general del derecho y, de suyo, en última instancia la regulación civilista es subsidiariamente aplicable en el derecho público.

Interpretado literalmente el art. 1198 del CC parece obvio que cualquiera de las partes contratantes puede invocar la teoría de la imprevisión. En tal sentido, parece que también podría invocarla el Estado. No obstante, la doctrina en materia de derecho público entiende que sólo puede hacerlo el contratista del Estado, pero no el Estado, en cualquiera de sus modalidades de organización centralizada o descentralizada, dado que la ratio iuris de la imprevisión no condice con las cláusulas exorbitantes del derecho privado, que suele titularizar la Administración, ni tampoco con la lesión general o indeterminada a un patrimonio del Estado, que es el de la representación figurada del interés público.

La exclusión no comprende a las modalidades societarias mixtas, en que tienen participación sujetos no estatales (v.gr., sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, arts. 308 a 314, ley 19.550, y sociedades de economía mixta, decr. ley 15.349/46).

La imprevisión es de orden público, en tanto es un medio de asegurar en beneficio del interés público el cumplimiento de los contratos administrativos. Opera como principio contractual implícito que se aplica de pleno derecho y no requiere ser pactada expresamente (arts. 16 y 17, CN; art. 1198, CC). Tampoco puede ser objeto de renuncia por parte del contratante. Se pueden pactar fórmulas de reajustes, pero nunca renunciar a la aplicación de la ley que, por lo demás, es irrenunciable.

Aplicaciones.

En materia de contratos administrativos, la imprevisión en general tiene varias aplicaciones procesales específicas a fin de restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato. La imprevisión está contemplada en el derecho sustantivo (art. 1198, CC, y principios de los arts. 16 y 17, CN), que se ha canalizado a través de un derecho adjetivo (mayores costos, leyes 12.910 y 15.285, decrs. 3772/64 y 4124/64; actualización, leyes 21.391 y 21.392; renegociación, ley 21.250 y decrs. 2347 y 2348/76; intereses, art. 48, ley 13.064; desagio, decr. 1096/85, extinción y recomposición, arts. 48 y 49, ley 23.696, etc.), el que ha previsto la mecánica procedimental en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, hechos del príncipe y hechos de la Administración u otras causas frustrantes de la ejecución normal del contrato.

1) Mayores costos. En materia de obras públicas el cobro de los mayores costos determinados por el hecho del príncipe o por circunstancias económicas (teoría de la imprevisión), se encontraba expresamente contemplado en las leyes 12.910 y 15.285.

2) Actualización, desafío y convertibilidad. Las fluctuaciones en el valor de la moneda traen como consecuencia alteraciones en el valor de las prestaciones de los contratos administrativos que, de no ser previstas y reguladas por el Estado, impondrían como resultado el imperio de la iniquidad.

Renegociación.

Otra vía procesal por la que se aplica la imprevisión y otras causales frustrantes o interruptivas del contrato, es el procedimiento de la renegociación, previsto unas veces accidentalmente y otras veces establemente,

ante procesos económicos distorsionados que quiebran virtualmente la economía y el equilibrio del contrato. Así, en los casos de obras que se encontrasen total o parcialmente paralizadas, se ha previsto la posibilidad de su prosecución mediante "modificaciones en la estructura técnica, reajuste de precio y condiciones, prórrogas de plazo y otras medidas", que permitan la viabilidad de la ejecución del contrato y, de suyo, de la obra. Si no fueren viables algunos de esos remedios o no se acordase la renegociación, se ha dispuesto, generalmente, la "rescisión" o "resolución" del contrato sin penalidades (art. 9º, ley 21.391; arts. 14 a 17, de cr. 3772/64).

El art. 49 de la ley 23.696 de reforma del Estado, establece que en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, a pesar de la emergencia que la misma ley declara, se podrá arribar a una recomposición del contrato, a través de un acuerdo entre comitente y contratista, inspirado en el principio que la norma denomina "del sacrificio compartido por ambos contratantes", por el cual las partes se hacen mutuas concesiones a fin de arribar a la transacción. Este acuerdo deberá celebrarse dentro del plazo de 180 días prorrogable por igual período.

Intereses.

La imprevisión es aplicable a todos los contratos administrativos en tanto concurren los requisitos necesarios que la habiliten procesal y sustancialmente. En consecuencia, se aplica a los contratos celebrados por el Estado (nacional, provincial y municipal) y por sus entidades descentralizadas, e incluso por las llamadas entidades descentralizadas "no estatales" (corporaciones, consorcios, colegios, etc.) dentro del plazo de prescripción previsto por el art. 4023 del CC de aplicación analógica.

Tomada de www.monografia.com
