

SECCIÓN V

**CONTRATOS Y PROPIEDAD EN EL DERECHO  
ADMINISTRATIVO**

CAPÍTULO XVI: *Los contratos administrativos*

CAPÍTULO XVII: *El dominio público*

CAPÍTULO XVIII: *Limitaciones a la propiedad*



## CAPÍTULO XVI

### LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

#### SUMARIO

I. <i>Concepto y caracteres</i> .....	XVI-1 / 331
1. Teoría antigua, negatoria de los contratos administrativos .	XVI-1 / 331
2. Teoría clásica, que admite una distinción entre contratos civiles y administrativos.....	XVI-2 / 332
3. La subordinación como nota distintiva del contrato administrativo clásico.....	XVI-3 / 333
4. Caracteres clásicos del contrato administrativo.....	XVI-3 / 333
5. Crisis y evolución del clásico contrato administrativo.....	XVI-5 / 335
6. Evolución del contrato “privado” de la administración.....	XVI-7 / 337
7. Conclusión.....	XVI-8 / 338
II. <i>Procedimiento de contratación</i> .....	XVI-10 / 340
8. Licitación pública, licitación privada, contratación directa.	XVI-10 / 340
9. La licitación pública .....	XVI-11 / 341
10. La presentación de las propuestas.....	XVI-12 / 342
11. La aceptación de las propuestas: La adjudicación.....	XVI-14 / 344
12. Excepciones al requisito de la licitación pública.....	XVI-15 / 345



## Capítulo XVI

# LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS<sup>1</sup>

### I. Concepto y caracteres

#### 1. Teoría antigua, negatoria de los contratos administrativos

Existen distintas orientaciones en el mundo acerca del concepto y de la existencia misma de los contratos administrativos.

En una primera orientación, la más antigua, se entiende que todos los contratos celebrados por la administración están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados. Esta es por ejemplo la solución todavía imperante en la doctrina alemana.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La figura del contrato administrativo," *Revista de Administración Pública*, n° 41, Madrid, 1963, p. 99 y ss.; BOQUERA OLIVER, J. M., "La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española," igual revista, n° 23, p. 193 y ss.; LAUBADÉRE, ANDRÉ DE, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, París, 1956; HAINAUT, J. P. y JOLIET, R., *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, Bruselas, 1963; LAMARQUE, JEAN, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, 1960; FLAMME, MAURICE, *Les marchés de l'Administration*, Bruselas, 1955; BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952. Entre las obras generales puede verse en particular SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 528 y ss.; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 435 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1961, t. II.

<sup>2</sup> Ver HAINAUT, J. P., y JOLIET, R., *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, Bruselas, 1963, t. II, p. 70; FROMONT, MICHEL, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, París, 1960, p. 188. Igual solución en el derecho austriaco: GIACOMETTI, Z., *Allgermeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zürich, 1960, p. 442. Si bien la señalada es la solución imperante, la doctrina alemana no es pacífica y algunos autores defienden la existencia de este tipo de contratos: Así HELFRITZ, HANS, *Verwaltungsrecht, Hannover*, 1949, p. 43.

## 2. Teoría clásica, que admite una distinción entre contratos civiles y administrativos

En una segunda orientación, hasta hoy dominante, se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración, los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país de que se trate. En general prevalece la idea de que un contrato celebrado por la administración puede ser un contrato administrativo en virtud de una cualquiera de las siguientes causas:

a) Por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común. Tal sería el caso, en nuestro país, del contrato de obras públicas (ley 13.064), del contrato de suministros (decreto 6900/63, reglamentario de los artículos 55 y siguientes de la ley de contabilidad, decreto-ley 23.354/56), y del contrato de empleo público, si es que se reconoce carácter contractual a la relación que une al funcionario o empleado con el Estado. (Decreto-ley 6666/57)

b) También puede reconocerse carácter de “contrato administrativo” al celebrado por la administración bajo “cláusulas exorbitantes” al derecho común, esto es, cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas. Si la administración, en consecuencia, incluye en un contrato que celebra, cláusulas por las que puede aplicar ella misma y ejecutar también por sí ciertas penalidades (multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, etc.), por las que se exime de responsabilidad por falta de pago o por mora en los pagos, salvo el reconocimiento de reducidos intereses, por las que excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato, etc., entonces es obvio que el contrato ha quedado automáticamente sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración.<sup>3</sup>

c) Por fin, aunque un contrato celebrado por la administración no esté incluido en el derecho público por disposición de la ley ni por la voluntad expresa o implícita de las partes al incluir cláusulas exorbitantes al derecho privado, puede todavía ser un contrato administrativo si se refiere al funcionamiento de un servicio público (por ejemplo, el contrato de concesión de servicios públicos) o si tiene por objeto asociar al contratante a la gestión de un servicio público;<sup>4</sup> dicho

<sup>3</sup> Ver LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, París, 1963, 3ª ed., p. 284 y ss.; WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1963, 9ª ed., p. 572.

<sup>4</sup> Ver LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 284-5 y 287.

en otras palabras, algo más amplias, si tiene un fin público o puede afectar en su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva.<sup>5</sup>

### 3. *La subordinación como nota distintiva del contrato administrativo clásico*

En esta corriente que distingue los contratos privados de la administración de los contratos administrativos alternativamente por 1º) la disposición expresa o implícita de la ley, 2º) la voluntad expresa o implícita de las partes, 3º) el objeto del contrato,<sup>6</sup> se señala que hay todo un régimen jurídico específico para regular los contratos administrativos, que se caracterizaría por la subordinación del co-contratante respecto de la administración.<sup>7</sup>

Esta relación de supremacía o subordinación no se asemeja a la subordinación que puede existir en el derecho privado entre el patrón y el empleado, pues esta última subordinación es económica, mientras que la primera es jurídica. El empleador en el derecho privado no está en una relación contractual de supremacía, pues el orden jurídico le otorga mayor protección al empleado, precisamente para equilibrar la superioridad económica del patrón. En el contrato administrativo, de acuerdo a la concepción que analizamos, el que contrata con la administración *no sólo está en una situación de inferioridad económica sino que también lo está desde el punto de vista jurídico*.<sup>8</sup> El régimen del contrato administrativo, en esta concepción, no trata de compensar la inferioridad del co-contratante, sino que por el contrario la acentúa, reconociéndole a la Administración una larga serie de atribuciones de todo tipo que han llevado a la antedicha conclusión de que en el contrato en cuestión existe una relación de subordinación del co-contratante respecto del Estado.

### 4. *Caracteres clásicos del contrato administrativo*

Entre los aspectos más característicos del régimen del contrato administrativo se encuentran:

1º) *La limitación de la libertad contractual de las partes*, pues la administración está constreñida a seguir los procedimientos de contratación fijados por la ley, y el contratista está más limitado aún, por la ley y por los pliegos de condiciones impuestos por la administración, lo que hace que el contrato sea típicamente un contrato de adhesión.

<sup>5</sup> En este sentido BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 214.

<sup>6</sup> Esta es en general la orientación prevalente, pero hay otros criterios de menor importancia, hoy ya desechados: a) El criterio formal, de acuerdo al cual si se ha hecho licitación pública, adjudicación, etc., y hay un pliego de condiciones —elementos todos propios de las formas de los contratos administrativos— habría contrato administrativo; b) el criterio de la jurisdicción, de acuerdo al cual si corresponde la jurisdicción llamada “contencioso-administrativa” el contrato es administrativo, etc.

<sup>7</sup> BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 213.

<sup>8</sup> Comparar BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 219.

2º) *La desigualdad jurídica de las partes*, que se traduce en que la administración pública tiene respecto al contrato la atribución de “a) adaptarlo a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del contratante; b) ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de éste; y c) dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del co-contratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan.”<sup>9</sup>

3º) *La mutabilidad del contrato*, manifestada en la circunstancia de que si el interés público lo justifica, podría adaptárselo y modificárselo; dicho de otro modo, su *flexibilidad*, frente a la rigidez de los contratos de derecho privado.

4º) La peculiaridad de que el contrato administrativo puede producir *efectos frente a terceros*, cosa que no ocurre en el contrato de derecho privado: Un ejemplo de estos efectos es la tasa que el concesionario de un servicio cobrará a los usuarios, a raíz del contrato de concesión.<sup>10</sup>

5º) “El privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento judicial, que impone al co-contratante la obligación de su cumplimiento inmediato”<sup>11</sup> “En mérito a este privilegio especial, la administración puede decidir ejecutivamente sobre la perfección del contrato y su validez, sobre su interpretación, sobre la revisión y modificación de las prestaciones debidas por el co-contratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones y haciéndolas efectivas... El co-contratante debe obedecer, y sólo le es dado recurrir *ex post*, contra las resoluciones administrativas, dentro de los plazos que establezca el ordenamiento jurídico.”<sup>12</sup>

6º) La facultad administrativa de imponer sanciones al contratista por incumplimiento, aunque ellas no estén previstas en el contrato.<sup>13</sup>

7º) La inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, esto es, la negación del derecho del contratista a exceptuarse de cumplir con sus obligaciones si la administración no ha cumplido con las suyas propias. De acuerdo a este criterio, aunque la administración no cumpla con las obligaciones que ha asumido contractualmente, el contratista debe de todos modos cumplir fielmente con su parte del contrato: “El ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio,” se ha dicho...<sup>14</sup>

<sup>9</sup> BERCAITZ, *op. cit.*, p. 279.

<sup>10</sup> Sobre los caracteres anteriores, ampliar en BERCAITZ, *op. cit.*, cap. XIII, p. 277 y ss.

<sup>11</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 454.

<sup>12</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 455.

<sup>13</sup> DIEZ, *op. cit.*, pp. 518 y 519; BERCAITZ, *op. cit.*, p. 274; Corte Suprema, Fallos, 167: 145; 202: 97, y otros.

<sup>14</sup> BERCAITZ, *op. cit.*, p. 291.



olvidando que tal vez quien más está obligado a hacer “cualquier sacrificio” para satisfacer la necesidad pública es precisamente la administración pública.

### 5. Crisis y evolución del clásico contrato administrativo

Todos estos caracteres fueron invariablemente elaborados con relación al contrato de concesión de servicios públicos, el contrato administrativo por antonomasia. La idea de “servicio público” despertó así siempre en los oídos jurídicos una resonancia a necesidad pública, a *Salus populis, suprema lex est*, y llevó a soluciones draconianas como las indicadas, que tenían poca a ninguna consideración por los derechos del contratante. Sin embargo, con el correr del tiempo el contrato de concesión de servicios públicos ha ido perdiendo importancia en forma progresiva, 1º) porque los Estados cada vez en mayor grado deciden tomar por su cuenta la prestación directa de los servicios públicos, creando empresas dedicadas a su ejecución, y eliminando la figura de la concesión; 2º) porque los concesionarios, perdida la batalla en el campo legal, no discuten ya las modificaciones, alteraciones, incumplimientos, etc., que la administración les impone, y dedican todos sus esfuerzos a trasladar tales modificaciones, etc., a una compensación a través de la tarifa; 3º) porque una serie de contratos administrativos que antiguamente no eran demasiado, frecuentes, fueron cobrando una importancia fundamental, tanta en número como montos, y concitaron una nueva atención de los juristas: Contratos de obras públicas, de suministros, etc.

Esta variación ha significado un cambio de encuadre en los problemas que los juristas debían analizar en los contratos administrativos, y han ido produciendo insensiblemente una variación en los principios con los cuales se habrían de enfocar tales problemas. No estando de por medio la mágica noción de “servicio público,” desaparecieron algunos de los prejuicios jurídicos que habían oscurecido el tratamiento de estas cuestiones, y se fueron entonces morigerando o incluso eliminando muchos de los caracteres clásicos. Es así como hoy en día se advierte que:

1º) No hay en el contrato administrativo una relación de absoluta subordinación, sino más bien de *colaboración*.<sup>15</sup>

2º) La flexibilidad y mutabilidad del contrato han sido harto reducidas por la propia legislación, que impone límites generalmente bajos (10 o 20%) más allá de los cuales no puede obligarse al contratista a aceptar la modificación.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Así WALINE, MARCEL, “L'évolution récente des rapports de l'Etat avec; ses co-contractants,” *Revue du Droit Public*, 1951, t. 67, pp. 5 y ss.; *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 97: 127 y ss.

<sup>16</sup> Así la ley 13.064 de obras públicas, art. 30, 38 y 53 inc. a); el reglamento de contrataciones del Estado, Decreto 6.900/63, art. 84, inciso a).

3º) La facultad administrativa de imponer *sanciones* al contratista *debe estar fundada legal o contractualmente*, siendo inadmisibles que la administración pretenda imponer sanciones para las cuales no esté expresamente autorizada por la ley o el contrato; este tipo de sanciones se interpretan por lo demás restrictivamente, y si el pliego dispone que en caso de rescisión del contrato el contratista “perderá la fianza,” se ha considerado que lo pierde sólo en forma *proporcional* a la parte no cumplida y que para que la pérdida deba ser total a pesar de no ser el incumplimiento total, así debe aclararlo expresamente el contrato.<sup>17</sup>

4º) La clásica inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, a tenor de la cual si el contratista dejaba de cumplir con sus obligaciones ante el incumplimiento administrativo debía considerarse que él era el único responsable, debiendo extinguirse el contrato por su exclusiva culpa, también ha sido modificada. Se entiende actualmente que si bien el contratista no puede, ante el incumplimiento administrativo, interrumpir sus tareas y exigir la extinción por culpa exclusiva de la administración, *sí puede al menos interrumpirlas sin incurrir en culpa él mismo*; en tales casos se entiende que por un incumplimiento mutuo el contrato se extingue por culpa recíproca o concurrente, o, lo que es lo mismo, sin culpa de ninguna de las partes.<sup>18</sup>

A estas modificaciones del régimen clásico la nueva orientación agrega todavía algunos principios que ahora pasan a ser fundamentales de los contratos administrativos, y que tradicionalmente eran oscurecidos o negados.

5º) Se dice así que los contratos administrativos son esencialmente de *buena fe*,<sup>19</sup> lo que lleva a que la administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio del contratista.

6º) Se sostiene que si bien la equidad no es fuente del derecho administrativo, debe ser tenida en cuenta por la administración al resolver casos concretos sometidos a su decisión y en los cuales podrían verse comprometidos los principios que la informan, admitiéndose, en suma, soluciones de equidad en los contratos administrativos.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 70: 292, 77: 126 y otros.

<sup>18</sup> *Dictámenes en la Procuración del Tesoro de la Nación*, 69: 98, y decreto 15.159/59, B.O. del 24-XI-59, en igual sentido; 82: 220; 85: 207; 94: 91, y decreto 10.551/65, del 24-XI-65, en igual sentido; 96: 514.

<sup>19</sup> Así Corte Suprema, *Fallos*, 182: 502 y ss., *Besana*; Cámara Nacional Federal, Sala Contencioso-Administrativa, *JA*, 1956-III, p. 241, *Cherny*; BIELSA, RAFAEL, *Estudios de derecho público*, t. I, Buenos Aires, 1950, pp. 110-12; *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 70: 219; 77: 311; 83: 180, etc. Ver también nuestra *Introducción al derecho administrativo*, op. cit., p. 319.

<sup>20</sup> *Dictámenes*, op. cit., 79: 77; 83: 180; 85: 135-40.

7º) Se atempera la regla *pacta sunt servanta* en la esfera administrativa, admitiéndose la “teoría de la imprevisión” tanto en la legislación como en la jurisprudencia, en virtud de la cual el encarecimiento ulterior a la licitación de los materiales o de la mano de obra que el contratista debe utilizar, dan lugar a un derecho a obtener un reconocimiento de los mayores costos que ello le ocasiona.<sup>21</sup>

### 6. Evolución del contrato “privado” de la administración

Esa evolución del molde clásico del contrato administrativo hacia un encuadramiento más racional y equitativo, liberado de prejuicios estatistas y dispuesto a “dar a cada uno lo suyo” aunque se trate de un contratista de la administración, no implica con todo un retorno a la teoría antigua de que todos los contratos de la administración son contratos civiles; ello es así por dos razones diversas: 1º) Una es que siguen existiendo muchas reglas propias del derecho público en los llamados contratos administrativos que hemos venido analizando; 2º) la otra es que los clásicamente considerados “contratos civiles de la Administración” han sufrido una crisis y evolución en sentido inverso.

En efecto, se ha advertido que “son muy raros —si es que los hay—,” los contratos de la administración “que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse de privados. La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado;” “Quizá sea más acertado prescindir de la expresión *contrato administrativo*, que sugiere una idea de oposición con los contratos de derecho privado... y referirse, en cambio, a los *contratos de la administración*.”<sup>22</sup>

Por nuestra parte, creemos que el criterio a adoptarse en cuanto a la posible existencia de *contratos privados* de la administración es el mismo que debe tenerse en lo que respecta a la supuesta existencia de *actos privados* de la administración. Dijimos con relación a estos últimos<sup>23</sup> que los actos emanados de órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma por el derecho administrativo, y que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado, por lo que la predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos siempre como actos

<sup>21</sup> Ley 12.910 y sus reglamentaciones; Cámara Nacional Federal, Sala Civil y Comercial, LL, 31-III-1966, Oks, excelente fallo; SPOTA, ALBERTO G., “Contrato administrativo sometido a la teoría de la imprevisión contractual,” en nota a dicho fallo; MARIENHOFF, MIGUEL S., “La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino,” JA, 1959-V, p. 106 y ss., sección doctrina; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo,” *Revista de Administración Pública*, n° 2, Madrid, 1950, p. 83; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, La Plata, 1966, p. 227 y ss., 232 y ss.

<sup>22</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, pp. 536 y 537, quien recuerda en la última opinión a SANTA MARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1903, 6ª ed., p. 714.

<sup>23</sup> Ver nuestro libro *El acto administrativo*, *op. cit.*, pp. 64-6.

de derecho público, esto es, actos administrativos.<sup>24</sup> Hemos dicho también que exactamente el mismo razonamiento es aplicable a los contratos “civiles” de la administración: Es obvio que todo lo referente a la *competencia* de los órganos que los celebran, al *procedimiento* de concertación, a las formas pertinentes, etc., se rige estrictamente por el derecho público; no sería sino aventurado querer fundamentar la *competencia* de un órgano estatal para celebrar ese contrato, en la regla de la *capacidad* del Código Civil; ni afirmar que aunque la ley de contabilidad exija la licitación pública,<sup>25</sup> pueda prescindirse de ella porque no figura en el Código Civil y se trate de un contrato de ese tipo; ni que si de acuerdo al derecho administrativo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas, un decreto del Poder Ejecutivo, sea necesario de todos modos escritura pública,<sup>26</sup> etc. Por ello, la conclusión es en definitiva la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: Sólo podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto del acto o contrato, pero ello no quita que lo dominante siga siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un contrato de derecho civil.<sup>27</sup>

### 7. Conclusión

Todo esto significa en definitiva que todos los contratos que celebra la administración tienen un régimen primordialmente de derecho público; que ese régimen nunca es actualmente el autoritario de la doctrina clásica, sino que es un régimen de derecho público que busca satisfacer el interés público concreto a que el contrato debe servir, sin sacrificar los principios superiores de justicia y equidad a que todo el Estado debe propender. Con todo, es posible observar que no todos los contratos celebrados por la administración, que serán pues a nuestro juicio siempre “contratos administrativos,” tienen un régimen igual; existen por el contrario variadas gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público.

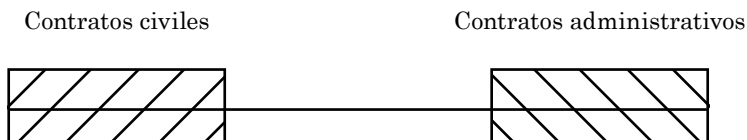
Para expresarlo gráficamente, si antiguamente podíamos encontrar dos categorías bien definidas y totalmente opuestas de contratos de la administración, los civiles y administrativos:

<sup>24</sup> *Op. ult. cit.* y también nuestra *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 165-6. Este criterio ha sido seguido por la Procuración del Tesoro de la Nación, 92: 74 y ss. y otros.

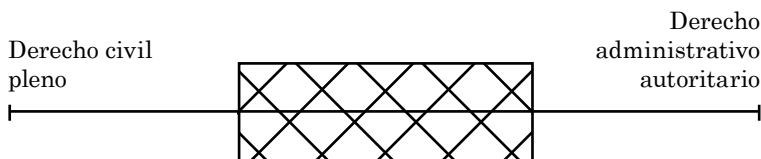
<sup>25</sup> Que lo hace en forma muy amplia y para todos los contratos: Ver decreto-ley 23.354/56, art. 55. Como señala DE VEDIA, *op. cit.*, p. 488, la ley de contabilidad exige la licitación pública, “sin discriminar entre contratos de Derecho Privado y los de Derecho Público.”

<sup>26</sup> Así lo dispone la ley 4167, art. 3.

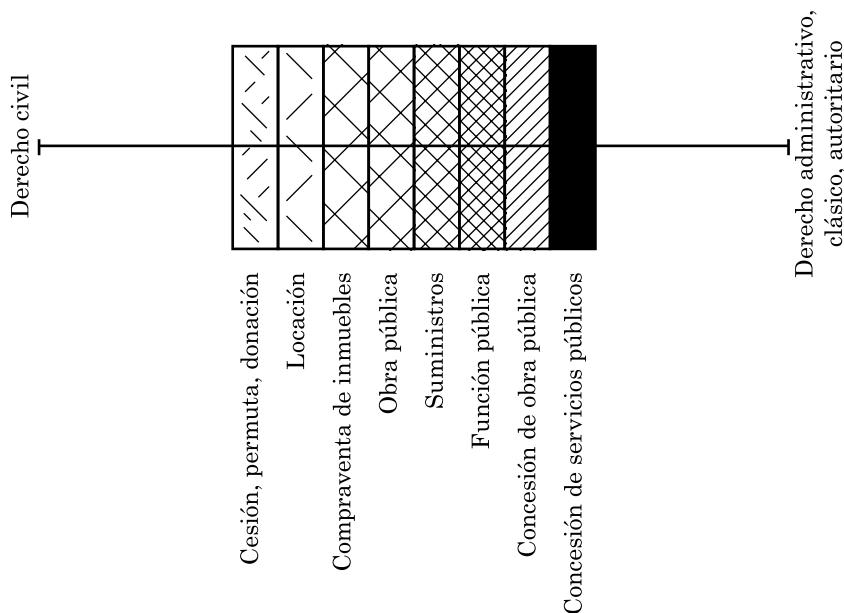
<sup>27</sup> Reiteramos pues lo sostenido en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, 2ª ed., p. 166. A igual conclusión, con todo, se llega aplicando los principios clásicos para la distinción entre contratos civiles y administrativos, como lo hemos demostrado refiriéndonos a la naturaleza de los contratos de las empresas del Estado. Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966, pp. 85 y 86.



Hoy en cambio encontramos un acercamiento de los extremos, que no alcanza a ser total y que deja subsistentes distintos matices de contratos administrativos.



Dentro de esa zona gris cubierta por los contratos administrativos, a mitad de camino entre el derecho privado y el clásico derecho administrativo, corresponde ubicar como más próximos al antiguo derecho administrativo, a las concesiones en general, especialmente la concesión de servicios públicos, y también en menor medida la concesión de obra pública; luego, el contrato de función pública; posteriormente, el contrato de suministros y el de obra pública; ya más cerca del derecho privado, el contrato de compraventa de inmuebles, el de locación, y luego los demás contratos: cesión, permuta, donación, etc. que, bueno es reiterarlo, no se mantienen con sus típicos caracteres civilistas. Encontramos así:



## II. Procedimiento de contratación

### 8. Licitación pública, licitación privada, contratación directa

Si bien ya hemos señalado que el contrato administrativo no debe ser definido atendiendo al procedimiento mediante el cual se lo celebra, dicho procedimiento es de todos modos bastante típico: Tanto la ley de contabilidad, que rige en general todas las contrataciones del Estado y particularmente el contrato de suministros, como la ley de obras públicas, establecen un procedimiento similar. Ambas leyes disponen que el contrato debe realizarse mediante licitación pública (o “remate público”), aunque autorizan en una serie de hipótesis que la administración prescinda de ese requisito y efectúe una “licitación privada” o una “contratación directa.”

La licitación pública es por su naturaleza un procedimiento administrativo<sup>28</sup> cuya finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato;<sup>29</sup> constituye un *pedido de ofertas* efectuado en forma general al *público* o a cualquier empresa inscripta en un Registro creado al efecto.<sup>30</sup> Se diferencia de la *licitación privada* (que también es un pedido de ofertas) en que esta última está dirigida a personas o empresas determinadas (las que la administración invita especial y directamente para cada caso), mientras que aquella está dirigida a un número mayor y a veces indeterminado de empresas. (Cualquiera que reúna las condiciones generales exigidas para la presentación.) En la *contratación directa*, por fin, la administración elige directamente la empresa con quien desea contratar y celebra el convenio con ella.

La licitación pública y la licitación privada tienen ciertos caracteres comunes que las diferencian de la contratación directa: 1º) En ambas hay *comparación* de ofertas de distintas empresas, y por lo tanto mayor control y mejores posibilidades de obtener ofertas ventajosas; en la contratación directa no se compara en cambio la oferta de la empresa elegida con ninguna otra; 2º) en las primeras existe una concurrencia de distintas empresas, y por ello debe mantenerse la *igualdad entre los oferentes*, a resultas de lo cual no puede la administración adjudicar el contrato a una empresa en condiciones distintas de aquellas por las que llamó a licitación; en cambio, en la contratación directa la administración puede apartarse de las bases con las cuales pensaba originariamente contratar, salvo que la contratación directa sea consecuencia de una anterior licitación pública fracasada.

<sup>28</sup> En este sentido GRAU, ARMANDO E., “Licitación,” en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, Buenos Aires, 1964, p. 702.

<sup>29</sup> Comp. GRAU, *op. loc. cit.*

<sup>30</sup> Que está, según el caso, el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, o el Registro de Proveedores del Estado.

### 9. La licitación pública

En lo que sigue nos referiremos al procedimiento de la licitación pública tal como se halla regulado en la ley de obras públicas; la ley de contabilidad no contiene sino algunas normas generales, y el procedimiento se rige en tal caso por los decretos reglamentarios dictados por el Poder Ejecutivo. En este momento rige el decreto 6900/63, al cual haremos referencia sólo ocasional, por cuanto en lo esencial es similar al régimen de la ley de obras públicas y sus diferencias específicas no son de carácter muy estable, ya que dicho “Reglamento de Contrataciones” ha sido repetidas veces modificado en el pasado y lo será también probablemente en el futuro, por carecer del carácter de ley formal.

a) *Los pliegos de la licitación.* En toda licitación pública se preparan los llamados “pliegos,” que no son sino conjuntos de disposiciones de carácter minucioso destinadas a regir al contrato: Los hay de “bases generales,” de “bases especiales,” de “especificaciones técnicas,” etc., de acuerdo a un diverso contenido, y en su conjunto forman una parte cuantitativamente muy importante del régimen jurídico del contrato pertinente.

b) *El llamado a licitación.* Luego de producidos los informes técnicos que aconsejan la realización de la obra, y preparados los planos, proyectos, y pliegos que habrán de regir la licitación, se dispone, por parte de la autoridad competente, el llamado a licitación pública.<sup>31</sup>

c) *La publicación de los avisos.* Dicho llamado debe publicarse en el “Boletín Oficial” y eventualmente en periódicos privados, por un término que varía de acuerdo al monto del contrato.<sup>32</sup> El incumplimiento de este requisito determina la nulidad de la licitación;<sup>33</sup> en caso de publicación por menos días de los indicados en la ley, o en forma incompleta o imprecisa, el grado de la nulidad dependerá a nuestro juicio de cómo ello ha afectado de hecho y en el caso concreto la publicidad del acto: Si este ha tenido una razonable publicidad y las firmas interesadas han podido enterarse normalmente de él y de su contenido, parecería que no habría ya razón para decretar la nulidad del procedimiento;<sup>34</sup> en cambio, si de las constancias del caso resulta que la publicidad ha resultado insuficiente, por ejemplo porque se presentó un número demasiado reducido de empresas, entonces correspondería anular la licitación.

<sup>31</sup> La autoridad competente será el Poder Ejecutivo, el Ministro del ramo, etc., de acuerdo al monto del contrato a celebrarse; en la ley de contabilidad ello está regulado en los art. 57 y ss.

<sup>32</sup> Ver ley de obras públicas n° 13.064; ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56), art. 62.

<sup>33</sup> Corte Suprema, *Fallos*, 181: 306, *Schmidt*, 1938; 179: 249; PTN, *Dictámenes*, 79: 179 y 182; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit., t. I, p. 266; BOQUERA OLIVER, *La selección de contratistas*, op. cit., pp. 59 y 60.

<sup>34</sup> Comp. BOQUERA OLIVER, op. cit., pp. 61 y 62.

### 10. *La presentación de las propuestas*

a) *Inscripción en el Registro.* Los proponentes deben estar inscriptos en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas<sup>35</sup> o en el Registro de Proveedores del Estado en su caso,<sup>36</sup> requisito sin el cual no pueden efectuar ofertas, salvo algunos casos de excepción previstos en la reglamentación.<sup>37</sup>

b) *Depósito de garantía.* Los oferentes deben constituir un depósito de garantía en el Banco de la Nación Argentina<sup>38</sup> o constituir una fianza bancaria<sup>39</sup> por un determinado por ciento del contrato; este depósito o fianza es una seña precontractual, esto es, una seña destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento.<sup>40</sup> Si el depósito de garantía no es integrado en forma completa la oferta no puede ser aceptada.<sup>41</sup>

c) *Entrega de los sobres.* La entrega de las propuestas debe hacerse bajo sobre cerrado y firmado, y acompañada de los documentos que acreditan haber efectuado el depósito de garantía.<sup>42</sup>

d) *Apertura de los sobres.* Vencido el plazo para la admisión de las ofertas, se abren los sobres y se labra un acta donde se deja constancia de las ofertas presentadas y sus montos. Terminado el acto, que se realiza con la asistencia de los interesados, éstos podrán dejar constancia en el acta de las observaciones que deseen.<sup>43</sup> En el acto de apertura de los sobres la Administración no puede devolver ninguna propuesta, sino que debe abrir los sobres y consignar sus ofertas en el acta respectiva, como así también las objeciones que merezcan; el rechazo de una oferta, por ejemplo por no cumplir con las condiciones exigidas, sólo puede ser decidido por la autoridad que a su vez tenga competencia para adjudicar la licitación.<sup>44</sup>

e) *Aclaraciones posteriores.* Luego de abiertos los sobres, los oferentes podrán únicamente hacer aclaraciones que no alteren sustancialmente la propuesta original, ni modifiquen las bases de la licitación ni el principio de igualdad entre todas las propuestas.<sup>45</sup>

<sup>35</sup> Ley de obras públicas, art. 13 y su reglamentación.

<sup>36</sup> Ley de contabilidad, reglamentación del artículo 61.

<sup>37</sup> Decreto 6.808/61 (B. O. 12-VIII-61), arts. 1, 16 y 27, en lo referente a obras públicas; art. 61, inc. 51, del reglamento de suministros.

<sup>38</sup> Art. 14 de la ley de obras públicas.

<sup>39</sup> Ley 14.000, referida también a obras públicas.

<sup>40</sup> Conf. SPOTA, ALBERTO G., "Prevalencia de las leyes de obras públicas frente a la ley de quiebras y al Código Civil," *JA*, 1942-II, p. 823 y ss., 825.

<sup>41</sup> PTN, *Dictámenes*, 76: 371.

<sup>42</sup> Ley 13.064, art. 15; reglamento de suministros, art. 61, inc. 52.

<sup>43</sup> Ley 13.064, art. 16.

<sup>44</sup> *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 90: 6.

<sup>45</sup> Ley 13.064, art. 17; comparar art. 61, inc. 65, del régimen de suministros.



f) *Mantenimiento de las propuestas.* Una vez presentada una propuesta, el proponente no puede traspasar la misma, en todo o en parte, sin consentimiento de la autoridad competente.<sup>46</sup> Además, “Los proponentes deben mantener las ofertas durante el plazo fijado en las bases de la licitación;” si retiraran su oferta con anterioridad, perderán el depósito de garantía, sin perjuicio de la suspensión en el registro.<sup>47</sup> Se suele diferenciar en la práctica el plazo de *mantenimiento* del plazo de *validez*: Ambos se asemejan en que durante su decurso el oferente no puede retirar su propuesta; se diferencian en que el plazo de *validez* hace expirar automáticamente la oferta al vencimiento del término, mientras que el de *mantenimiento* exige una presentación expresa del oferente retirando su propuesta, pues caso contrario ella sigue en pie. En materia de suministros, el sistema es distinto.<sup>48</sup>

g) *Sujeción a los pliegos.* Las ofertas deben estar “...conforme con las condiciones establecidas para la licitación,”<sup>49</sup> sin cuyo requisito no podrán ser aceptadas en la adjudicación. Como excepción, sin embargo, ha de entenderse que si el oferente se aparta de una cláusula *ilegal* de los pliegos, su oferta es válida y aceptable, por un claro principio de jerarquía de normas.<sup>50</sup>

h) *Ofertas condicionadas.* Como consecuencia de lo anterior, no se admiten reservas que establezcan determinadas condiciones diversas de las establecidas en los pliegos,<sup>51</sup> salvo excepciones como la indicada anteriormente.

El fundamento de este principio es que la introducción de condiciones que alteren las bases de la licitación implicaría colocar en un pie de desigualdad a los demás proponentes, al no permitir establecer un patrón común de comparación entre las distintas ofertas.<sup>52</sup> Por excepción, si el pliego de condiciones autorizaba

<sup>46</sup> Ley 13.064, art. 19; en cambio, el reglamento de suministros establece que “con antelación a la iniciación de la apertura los proponentes podrán retirar o presentar nuevas propuestas.” (Art. 61, inc. 65.)

<sup>47</sup> Ley 13.064, art. 20.

<sup>48</sup> En efecto, el inciso 81 del art. 61 establece la necesidad de una intimación a la Administración; dispone dicha norma que si transcurridos siete días desde la adjudicación ella no es comunicada al interesado, éste “podrá requerirla por cualquier medio fehaciente. Si dentro de los 3 (tres) días siguientes el organismo licitante no remitiere la comunicación al recurrente, la oferta caducará automáticamente.”

<sup>49</sup> Arg. art. 18, ley 13.064; reglamento de suministros, inc. 67, a).

<sup>50</sup> Conf. con la solución QUANCARD, MICHEL, *L'adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures*, París, 1945, p. 152.

<sup>51</sup> Reglamento de suministros, inc. 67, a). El reglamento es contradictorio en cuanto dispone aquí que deben rechazarse las ofertas “condicionadas o que se aparten de las bases de la contratación,” y en el inc. 53 que “la presentación de oferta sin observación respecto de este reglamento y de las cláusulas particulares de la contratación... significará la aceptación lisa y llana de todas las estipulaciones que rigen la contratación,” por cuanto esta última norma parecería autorizar, *a contrario sensu*, que las propuestas contengan observaciones al reglamento o a las cláusulas de la contratación.

<sup>52</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 564; *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 79: 179; 84: 127; Decreto 2.015/63, B. O. 20-IV-63, j. 3.

expresamente la inclusión de determinadas condiciones en la oferta, éstas son válidas.<sup>53</sup>

### 11. *La aceptación de las propuestas: La adjudicación*

a) *Carácter no obligatorio.* De acuerdo al artículo 18 de la ley 13.064 “La presentación de propuestas no da derecho alguna a las proponentes para la aceptación de aquéllas,” lo que ha sido interpretado en el sentido de que la administración no está obligada a efectuar la adjudicación a ninguno de los proponentes, incluso aunque sus ofertas fueren admisibles; por extensión del principio, si se adjudicó irregularmente a uno de los proponentes y a petición de otro oferente la adjudicación es luego revocada, ello tampoco obliga a la administración a adjudicar a alguno, de los demás proponentes. En consecuencia, “...todo aquel que participe en una licitación adquiere el derecho, no a la adjudicación...,” sino a la participación en la competencia;<sup>54</sup> en otras palabras, cada oferente que cumpla las condiciones de la licitación tiene un derecho subjetivo a participar en la comparación de ofertas, pero sólo un interés legítimo a llegar a ser adjudicatario;<sup>55</sup> una vez notificada la adjudicación, el adjudicatario tiene ya, en cambio, un derecho subjetivo.

b) *Derechos de los oferentes.* Por ello, el acto de la administración que signifique la ilegítima exclusión de una oferta de la concurrencia con las demás, afecta un derecho subjetivo del interesado y es impugnabile por éste, tanto administrativa como judicialmente;<sup>56</sup> en cambio, la efectiva adjudicación a una empresa diferente, aunque adolezca también de ilegitimidad, no afecta sino intereses legítimos de los demás proponentes, y por ello sólo puede ser impugnada administrativamente por éstos.<sup>57</sup>

c) *Sobre quién debe recaer la adjudicación.* El artículo 18 de la ley 13.064 establece que la adjudicación “...caerá sobre la (oferta) más conveniente, siendo conforme con las condiciones establecidas para la licitación.” Es fundamental destacar que la oferta más conveniente no es necesariamente la de *menor precio*, pues si bien “Generalmente lo será la que cotiza más bajo... no siempre ocurre así;”<sup>58</sup> “En materia de obras públicas no existe norma alguna que imponga en forma imperativa la adjudicación en favor de las propuestas de menor precio ya que en la apreciación de las ventajas de una oferta pueden jugar otros factores ajenos al costo que hagan aconsejable la adjudicación a favor de una oferta de mayor precio

<sup>53</sup> *Dictámenes*, op. cit., 58: 175.

<sup>54</sup> PTN, *Dictámenes*, 62: 15; 73: 34; 77: 265, 283 vta.; 81: 50, y otros. Doctrina uniforme.

<sup>55</sup> Ampliar en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, op. cit., p. 327 y ss.

<sup>56</sup> Ver nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, op. cit., p. 43 y ss.

<sup>57</sup> Ver nuestro artículo “Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos,” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n° 1965-III, p. 111 y ss., especialmente p. 120.

<sup>58</sup> SAYAGUÉS LASO, op. cit., t. I, p. 565.

que reúne otras condiciones que la transforman en más conveniente.”<sup>59</sup> El factor fundamental que puede hacer menos ventajosa a la oferta de más bajo precio es la deficiente capacidad técnica o financiera de la empresa, en relación a la índole y magnitud del trabajo a encomendársele.<sup>60</sup> Por supuesto que la apreciación de los factores que pueden llevar a la administración a desechar una oferta de menor precio y preferir otra de precio más elevado, si bien comporta el ejercicio de una atribución discrecional, debe como tal ser razonable y debidamente fundada.<sup>61</sup>

El reglamento de suministros, por su parte, tiene una norma expresa en el sentido de que la adjudicación debe recaer “en la propuesta que, ajustada a las bases de la contratación, sea la de más bajo precio,” pero en la práctica la aplicación de esta norma se aproxima bastante a lo enunciado anteriormente.<sup>62</sup>

d) *Perfeccionamiento del contrato.* En principio el contrato quedaría perfeccionado con la notificación al interesado de la adjudicación efectuada en su favor.<sup>63</sup> Sin embargo, la ley de obras públicas da a entender en sus artículos 20 a 24 que es necesario el cumplimiento de un requisito adicional: *La firma del instrumento del contrato*; por su parte, el reglamento de la ley de contabilidad establece que el contrato se perfecciona con *la comunicación al interesado* por carta certificada o con aviso de retomo, remitida dentro de los siete días de dispuesta la adjudicación.

## 12. Excepciones al requisito de la licitación pública

Tanto la ley de contabilidad como la ley de obras públicas prevén una importante serie de casos en que puede prescindirse del requisito de la licitación pública; ello no significa tampoco que sea obligatorio *no hacer* licitación pública, sino que simplemente se faculta a la administración para proceder de tal modo si lo cree conveniente.<sup>64</sup> En la práctica, algunas entidades estatales suelen hacer, por ejemplo, licitación privada cuando están autorizadas en el caso para realizar una contratación directa.

Una diferencia fundamental entre ambas leyes es que la ley de obras públicas establece las excepciones a la licitación pública, disponiendo que en todos esos

<sup>59</sup> PTN, *Dictámenes*, 87: 91; 88: 189.

<sup>60</sup> *Dictámenes*, 86: 4.

<sup>61</sup> *Dictámenes*, *op. cit.*, 86: 4 y 17; nuestra *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 317 y ss. Por lo demás, se ha generalizado en los últimos tiempos la inclusión en los pliegos de cláusulas que exigen que los proponentes acrediten su capacidad técnica: En tales casos las empresas que no “acreditan” una capacidad técnica suficiente para realizar las obras de que se trata, son ofertas que “no se ajustan” a los pliegos y pueden ser rechazadas por tal causa aunque su precio fuere menor. Desde luego, se trata de un principio que debe ser aplicado con mucha prudencia, pues en este caso “...hay que precisar si cada oferente es capaz técnicamente de llevar a cabo los trabajos licitados, pero no el «más capaz».” (*Dictámenes*, 89: 82, 89.)

<sup>62</sup> Ello es debido a la inclusión de cláusulas como la indicada en la nota precedente.

<sup>63</sup> Comp. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 566, y nuestro libro *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 150, sobre la importancia de la notificación para el perfeccionamiento del acto.

<sup>64</sup> Conf. GRAU, *op. cit.*, p. 703.

casos la administración puede indistintamente efectuar una licitación privada o una contratación directa (art. 9°); la ley de contabilidad, en cambio, prevé ciertos casos —en razón del monto— en que exige por lo menos la licitación privada, y sólo en los restantes autoriza ya la contratación directa. (Art. 56°)

Los casos en que se puede prescindir de la licitación pública son los siguientes:

*a) Monto menor de cien mil pesos.* Este es el monto originariamente establecido tanto en la ley de obras públicas como en la de contabilidad; no se trata del monto presupuestado o calculado previamente por la administración, sino de aquel por el que efectivamente se contrata.<sup>65</sup> En el caso de las obras públicas, el monto señalado ha sido elevado a tres millones de pesos, por la ley 16.798.

*b) Adicionales.* Cuando se contrataren trabajos adicionales de la obra, en las condiciones y límites que la ley determina. (Art. 9, inc. b.)

*c) Urgencia.* Tanto la ley de obras públicas como la de contabilidad autorizan a contratar directamente por razones de urgencia, pero mientras que la primera sólo exige que exista urgencia, la segunda dispone además que ella se deba a “circunstancias imprevistas.”<sup>66</sup> La diferencia no carece de importancia, pues si los funcionarios públicos han sido negligentes en la realización de determinadas obras, y éstas se tornan gravemente imperiosas por el transcurso del tiempo, no podrá por tal causa negarse a la administración la posibilidad de satisfacer la necesidad pública con la verdadera urgencia que la misma requiere. Lo que corresponde en tales casos es hacer responsables, administrativa y civilmente, a los funcionarios en cuestión, sin perjuicio de solucionar el problema con la urgencia que el mismo objetivamente requiera.

Por lo demás, la urgencia debe ser concreta e inmediata<sup>67</sup> y debe estar debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios técnicos<sup>68</sup>

<sup>65</sup> MO, FERNANDO, *Régimen legal de las obras públicas*, Buenos Aires, 1966, p. 105.

<sup>66</sup> La ley de obras públicas habla de “trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas...” la ley de contabilidad, de “...razones de urgencia, cuando a mérito de circunstancias imprevistas no pueda esperarse la licitación.” En el Uruguay, ante una norma similar a la de nuestra ley de contabilidad, se ha interpretado que podría de todos modos prescindirse de la licitación pública si la urgencia no permitiera cumplir con tal requisito: SAYAGÜES LASO, *op. cit.*, t. II, p. 75, nota 1.

<sup>67</sup> “No se trata entonces de una urgencia abstracta, en general común, por otra parte, respecto de todas las obras de gran magnitud vinculadas a objetivos de interés nacional. El apremio debe ser concreto e inmediato y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa, pues la demora normal de un llamado a licitación provocaría mayores daños al interés público que los que ocasione la omisión de un requisito exigido por razones de conveniencia y moralidad administrativa, en cuyo resguardo se halla también interesado ese mismo interés público.” (*Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 89: 260, 267.)

<sup>68</sup> Ha dicho así la Procuración del Tesoro de la Nación que “la urgencia, invocada como razón de excepción al procedimiento de licitación pública, para ser probada requiere estudios técnicos objetivos previos y serios: Que la califiquen como cierta: De modo alguno puede la determinación de la misma quedar librada al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma.” (70: 127; 77: 43 y 265; 86: 367; 89: 260, etc.) Y no, sólo debe haber estudios técnicos que acrediten la urgencia, sino que ella debe además estar

d) *Reserva*. La ley 13.064 autoriza la contratación directa “Cuando la seguridad del Estado exija garantía especial o gran reserva;” la de contabilidad; por su parte, lo dispone “Cuando las circunstancias exijan que las operaciones del gobierno se mantengan secretas.” Si bien ninguna de las dos leyes da elementos para indicar qué ha de entenderse por cuestiones que exijan secreto o gran reserva, entendemos que esta causal debe interpretarse restrictivamente, y que deben aplicarse las mismas exigencias establecidas con referencia a la urgencia; luego, la necesidad de mantener el secreto debe estar debidamente acreditada mediante informe técnicos serios y razonables.

e) *Especial capacidad*. La ley 13.064 se refiere a que “para la adjudicación resulte determinante la capacidad artística o técnico-científica,” y la de contabilidad a “Las obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución debe confiarse a empresas, personas o artistas especializados.” Se aplica también aquí lo dicho más arriba.<sup>69</sup>

f) *Marca, patente o privilegio*. Ambas leyes prevén también el caso en que el ejecutor del trabajo se halle amparado por patente o privilegio, o se trate de bienes cuya fabricación o venta sea exclusiva. La reglamentación de la ley de contabilidad (art. 56, inc. 9) aclara que “La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que no haya sustitutos convenientes,” y que “En todos los casos la determinación de que no existen sus títulos deberá basarse en los correspondientes informes técnicos.”

g) *Licitación pública desierta*. Cuando no se ha presentado ningún proponente a una licitación pública ésta se considera desierta y puede contratarse directamente, según lo establecen las dos leyes comentadas, pero con los mismos pliegos y condiciones con que se efectuara el llamado a licitación pública.

h) *Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas*. Las leyes glosadas también prevén como causal de contratación directa el que una licitación pública anterior haya fracasado porque “no se hubiesen presentado en la misma ofertas admisibles.” Oferta “inadmisible” no es, con todo, oferta “inconveniente,” sino una oferta que, conveniente o no, no se ajusta a los requisitos de los pliegos y bases de la licitación; en otras palabras, se trata de una oferta que no ofrece exactamente lo solicitado, o no lo ofrece en las condiciones o con los requisitos solicitados. Por ello el concepto de inadmisibilidad se vincula con las exigencias específicas del pliego de condiciones, y “sería erróneo, en cambio, atribuir carácter

corroborada por la propia conducta de la administración pública al celebrar el contrato: “No basta para usar de un procedimiento de excepción al régimen general de las licitaciones, calificar una compra de urgente, sino que deben tomarse, además, todas las medidas eficientes para efectuarla con premura.” (75: 165 y 168 vta.; 86: 369; 89: 106, 110, en materia de suministros.)

<sup>69</sup>De acuerdo al reglamento de suministros, dichas contrataciones: “Deberán fundamentarse con antecedentes que acrediten la capacidad científica, técnica o artística de las empresas, personas o artistas especializados a quienes se encomiende la ejecución de la obra o trabajo.” (Art. 56, inc. 8.)

de “oferta inadmisibles” a la que, aunque ajustada al pliego de condiciones, se estimara inconveniente por razones de precio, financiación u otras circunstancias.”<sup>70</sup> Por ello, no se puede contratar directamente en base a esta causal “cuando se han recibido propuestas que si bien son aceptables (admisibles) por ajustarse a las bases del remate, resulten inconvenientes a juicio de la administración.”<sup>71</sup>

Al igual que en el caso anterior, la contratación directa que se efectúa debe hacerse con las mismas condiciones y requisitos que la licitación pública fracasada, pues de lo contrario se facilitarían procedimientos irregulares, tales como exigir en una licitación pública ciertas condiciones que por su imposibilidad de ser cumplidas determinarían la segura inadmisibilidad de todas las ofertas, para luego, suprimiéndolas, realizar una contratación directa con la firma que se quiera.

*i) Licitación pública anulada.* En la práctica a veces se habla impropia mente de “licitación pública anulada” para referirse al caso en que se ha decidido no adjudicar porque las ofertas presentadas son inconvenientes; ello, desde luego, no configura jurídicamente una anulación ni permite tampoco contratar directamente. Ahora bien, si la licitación fuera efectivamente declarada inválida en razón de un vicio cometido en su sustanciación, la situación no varía, pues la ley no prevé un caso tal como causal de contratación directa y además la extinción vuelve a las cosas a su estado anterior: Es decir, no ha habido en verdad licitación pública.

### Sinopsis

1. La teoría antigua no admitía que existieran “contratos administrativos,” además de los contratos de derecho privado.

2. La teoría clásica, posterior a la enunciada y todavía hoy dominante, admite que un contrato celebrado por la administración puede ser “contrato administrativo,” sea porque la ley lo determina expresa o implícitamente, o porque el contrato contiene “cláusulas exorbitantes” al derecho común, o porque tiene un fin público.

3. La nota distintiva del contrato administrativo en la concepción clásica es que el mismo se ejecuta bajo la supremacía de la administración; en otras palabras, existe un vínculo de subordinación del co-contratante respecto de la administración.

4. Los caracteres clásicos del contrato administrativo son: La limitación de la libertad contractual de las partes, la desigualdad jurídica entre ellas, la mutabilidad del contrato, el que puede producir efectos respecto de terceros, el privilegio de la decisión unilateral ejecutoria de la administración, la facultad administrativa de aplicar sanciones al contratista aunque no estén previstas en el contrato, y la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*.

<sup>70</sup> *Dictámenes, op. cit.*, 77: 43 y 265; 80: 49; 89: 106.

<sup>71</sup> *Dictámenes*, 77: 265.

5. Esos caracteres están hoy en crisis, porque en el contrato administrativo hay una relación de colaboración, no subordinación; la mutabilidad está limitada legalmente, al igual que la facultad administrativa de imponer sanciones; la *exceptio non adimpleti contractus* se aplica parcialmente; los contratos son esencialmente de buena fe y admiten la aplicación de soluciones de equidad; se aplica la teoría de la imprevisión.

6. A su vez, los llamados contratos privados de la administración han evolucionado hacia el derecho público, el que se aplica en lo relativo a la competencia, voluntad, procedimiento, formas, etcétera, de modo tal que el contrato no puede en rigor calificarse va como privado.

7. En suma, en lugar de haber “contratos civiles” y “contratos administrativos,” los primeros con exclusiva aplicación del derecho privado y los segundos con un régimen autoritario y exorbitante, hoy en día existe un solo grupo de contratos administrativos, a mitad de camino entre ambos: cuentan con un régimen de derecho público, pero más equitativo y justo que el clásico. Dentro de estos contratos, con todo, existen ciertas gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público; pero ellas no alcanzan a modificar la naturaleza del contrato.

8. Licitación pública es un pedido de ofertas hecho en forma indeterminada al público; licitación privada es un pedido de ofertas hecho a empresas determinadas y especialmente invitadas al efecto; contratación directa es la libre elección del contratista por parte de la administración, sin necesidad de comparar ofertas posibles de otras empresas.

9. En la licitación pública se preparan primero los *pliegos* de la licitación, que son reglamentaciones minuciosas que regirán el contrato; luego se efectúa el llamado a licitación, que se publica por el término que en cada caso dispone la ley.

10. Para presentar propuestas en una licitación pública es necesario estar inscripto en el registro respectivo y efectuar un depósito de garantía. Las propuestas se presentan en sobre cerrado, y en día y hora prefijados se efectúa la apertura de los sobres en acto público; con posterioridad a dicha apertura, sólo se admiten aclaraciones no sustanciales de parte de los contratistas. Las propuestas, que deben mantenerse por el término que se disponga en la licitación, deben sujetarse a los pliegos y no pueden imponer condiciones que se aparten de los mismos.

11. La adjudicación es la elección de una propuesta a fin de celebrar el contrato: La administración no está obligada a adjudicar, pues a este respecto los oferentes tienen sólo un interés legítimo; tienen en cambio un derecho subjetivo a participar en la licitación. La adjudicación debe recaer sobre la oferta más conveniente, lo cual no significa necesariamente que sea la de menor precio. La notificación de la adjudicación perfecciona, en principio, el contrato.

12. No es necesario efectuar licitación pública cuando el contrato sea menor de cien mil pesos, cuando se trate de trabajos adicionales a una obra pública; en casos de urgencia, reserva, especial capacidad del contratista o existencia de una marca, patente o privilegio de exclusividad en su favor; cuando una licitación pública ha sido declarada desierta o ha fracasado por presentarse únicamente ofertas que no se ajustan a los pliegos. (“Ofertas inadmisibles.”)