

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

DANIELA UGOLINI *

El perfeccionamiento de los contratos administrativos determina el momento a partir del cual puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato y por lo tanto hacerse efectivas las responsabilidades en caso de incumplimiento.

Los contratos, en general, se perfeccionan con el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes, al expresar su consentimiento.

Según el art. 1144 del Código Civil, que establece el marco normativo básico de los contratos civiles, "el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra" (art. 1144, CC).¹

En los contratos administrativos, sin embargo, surgen especiales aspectos de estudio, debido a la presencia de la Administración Pública como uno de los contratantes, que tiene un modo peculiar de expresar su voluntad.²

Veamos cómo se expresa el consentimiento de las partes cuando una de ellas es la Administración Pública, para lo cual cabe analizar tanto los distintos contratos administrativos como los modos en que puede realizarse la contratación administrativa.

Estos aspectos surgen del nuevo régimen de contrataciones de la Administración Nacional establecido en el decreto 1023/01.³

* Abogado-UNBA. Directora de Curso de Posgrado de Procedimientos y Proceso Administrativo CABs.As.

¹ ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos-teoría general*, cap. IX, "La formación del consentimiento", pág. 261, 1998, Abeledo-Perrot.

² MARIENHOFF, Miguel A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, Contratos Administrativos, págs. 34 y 55, Abeledo-Perrot, 1994.

³ Decreto delegado por ley 25.414, publicado en Buenos Aires el 16-08-2001. La derogación de dicha ley por la Ley 25.556 no implica pérdida de vigencia de los reglamentos dictados en ejercicio de las familias delegadas.

Según establece su art. 1º, se aplica a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultorías, alquileres con opción a compras, concesiones de uso de bienes de dominio público o privado, a obras públicas y concesiones de obras o de servicios públicos y a todos los contratos no excluidos expresamente, como el de empleo público, compras de caja chica, contratos con estados extranjeros y de crédito público.

Se indica también que el procedimiento de selección del contratista, para los contratos previstos en la norma, será: a) la licitación o concurso público; b) la subasta; c) la licitación o concurso abreviado; d) la contratación directa.

Quiere decir que la formación de la voluntad de las partes surgirá de un procedimiento reglado mediante el cual los interesados formulan su oferta por escrito, salvo en la subasta, la que es evaluada y comparada por la Administración, quien luego decide su aceptación.

Por un lado, se requiere la propuesta del contratista y por el otro la aceptación de la Administración, que se configura con la adjudicación.

La adjudicación es uno de los actos más importantes porque es precisamente la decisión de la Administración de aceptar la oferta y es el modo en que expresa su consentimiento a la propuesta de la otra parte, según los términos ya señalados por el Código Civil. Por lo tanto, notificado el acto administrativo de adjudicación, se habría producido la fusión de voluntades.

Al respecto, el art. 11 del decreto 1023 establece que la decisión de la Administración tanto con relación a la aprobación del procedimiento de selección como a la adjudicación, debe realizarse mediante el dictado de un acto administrativo.

En principio podría concluirse que con la notificación de la adjudicación al oferente cuya propuesta se acepta, se encontraría perfeccionado el contrato.

Sin embargo, la pregunta es si además de esto es necesario suscribir un contrato, ya que así lo establecía la ley de obras públicas, no resultando claro en el caso de los contratos de suministro o servicios en la reglamentación de la anterior ley de contabilidad.

A mi modo de ver, el problema surge porque el Código Civil hace una distinción entre el perfeccionamiento del contrato que se produce con el consentimiento recíproco en el caso de los contratos consensuales y lo dispuesto sobre la forma de los contratos. En cuanto a la forma de los contratos, sabido es que la forma hace a su prueba ya

que los contratos se prueban según la forma que prescriben las leyes, tal como se indica en el art. 1191 del Cód. Civil.⁴

En los contratos administrativos, por lo general, la doctrina se preocupó del perfeccionamiento de los contratos⁵ y no tanto de la prueba, probablemente porque el procedimiento de formación de la voluntad administrativa es siempre escrito y se prueba con el expediente de la contratación. Sólo en la ley de obras públicas, se aclaraba que debía suscribirse un contrato, pero en el viejo régimen de contrataciones, tanto del decreto 5720/58 como su modificatorio, decreto 436/00⁶, se insistió en la comunicación de la orden de provisión, para el caso del contrato de suministro o de servicios, no previendo una solución general para los demás contratos.

Al respecto, el profesor Marienhoff también sostiene que si bien como regla el contrato queda perfeccionado con el acuerdo de voluntades, si la norma aplicable exigiere que después de producido el acuerdo se suscriba el contrato respectivo, éste recién quedará perfeccionado cuando se haya cumplido con tal requisito⁷. Además, agrega que en cuanto a la prueba del contrato hay que distinguir si la legislación exige o no un instrumento específico, ya que si ello no se requiere, el acuerdo de voluntades podrá probarse con un instrumento o testimonio que contenga o comprenda las piezas respectivas de las cuales resulta dicha fusión de voluntades.

En cambio, actualmente, la nueva ley de contrataciones, en su art. 20, determina de modo general y para todos los contratos que “los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación”.

Esta norma se refiere tanto al contrato de suministro como a los demás contratos, indicando que deberán suscribirse los instrumentos respectivos.

Esto despeja la duda planteada ya que la notificación de la adjudicación no perfecciona el contrato.

⁴ ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos-teoría general*, cap. VIII y XXI, “Forma y prueba del contrato”, págs. 234 y 478, 1998, Abeledo-Perrot.

⁵ BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2º ed., Depalma, pág. 268.

⁶ B. O. 05/06/2000.

⁷ MARIENHOFF, Miguel A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, “Contratos Administrativos”, pág. 144.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 61.

Para mayor aclaración, la norma citada agrega que “las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna a favor de los interesados u oferentes”.

La orden de compra es un acto administrativo que contiene las estipulaciones básicas de la contratación de un suministro al Estado: así el objeto de la compra, el precio, el plazo de entrega, el plazo de pago, las garantías, penalidades, etcétera. Puede decirse que una vez notificada, la orden de compra resulta el instrumento del contrato de suministro.

Para los demás contratos, el contenido del instrumento dependerá de las particularidades específicas de la contratación y sólo luego de suscriptos por las partes puede exigirse su cumplimiento. Éste es el sentido de la norma al establecer que el contrato se perfecciona con la notificación de la orden de compra o la firma del instrumento respectivo.

Sin embargo, habrá que ver de qué modo se reglamentará esta disposición ya que con relación a la notificación de la orden de compra la anterior reglamentación del dec. 436/00 fijó el plazo de 7 días a partir del acto que autoriza su emisión para que la Administración notifique dicha orden al adjudicatario y éste tiene un plazo de 3 días desde que es notificado de la orden para rechazarla. Cabe destacar que la norma también establece que la notificación de la orden de compra debe hacerse dentro del plazo de mantenimiento de la oferta y que si no se notifica en el plazo de 7 días el contratista puede desistir de su oferta.

El Pliego Único de Bases y Condiciones⁸ y el Manual Práctico para las Contrataciones⁹ también prevén disposiciones concordantes.

Por último, por Decreto reglamentario 1060/01¹⁰ se estableció que al emitir la orden de compra o contrato, los responsables de las jurisdicciones deberán entregar al proveedor una certificación en la que conste que existe saldo de crédito presupuestario y de cuota de compromiso en las partidas correspondientes (art. 5°), agregando con esto un requisito más al contrato.

Otro aspecto interesante del tema es el caso del perfeccionamiento del contrato en el contrato de empleo público, ya que está expresa-

⁸ Aprobado por resolución 834/00 del Ministerio de Economía, B.O. 19-10-00.

⁹ Aprobado por resolución 515/00 del Secretario de Hacienda, B.O. 29-12-00.

¹⁰ B.O. 24-08-01.

mente excluido del nuevo régimen de contrataciones. A los efectos del perfeccionamiento deberá tenerse en cuenta el acto administrativo de designación y la aceptación del nombramiento, si se trata de una designación en la denominada planta estable, o bien, si la prestación de servicio requerida es temporaria y con una encomienda específica, en cuyo caso se suscribirá el pertinente contrato con las condiciones de la contratación. Sin embargo, en la especial relación del empleo público no puede decirse que los derechos del empleado nazcan o comiencen a partir de la celebración del contrato, sino que éstos nacen desde, que el agente toma posesión de su empleo y ejercicio efectivo de sus funciones. Así lo analiza también el profesor Marienhoff equiparando la situación del empleado a la del propietario respecto de la cosa, ya que los derechos sobre la cosa nacen después de la tradición (arts. 577 y 3265, CC)¹¹. De todos modos, parece que en el caso del empleado sería suficiente que éste concurriera a su trabajo y estuviera a disposición, ya que si la Administración no le asigna funciones ello no podría limitar los derechos del empleado, que fue designado.

Hasta aquí me he referido al régimen legal. Ahora comentaré algunos fallos por cuestiones que se suscitan con el perfeccionamiento del contrato cuando la autoridad administrativa suscribe un contrato sujeto a la aprobación o refrendo de otro órgano, ya sea un órgano superior o el órgano legislativo.

En estos casos, las estipulaciones del contrato se consideran efectuadas bajo condición suspensiva y por lo tanto, si la condición (aprobación) no se cumple, el contrato se entiende como no firmado, así en los términos del art. 548 del Cód. Civil.

En el caso "Herpazana S.R.L c/ Banco de la Nación Argentina" decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 16-12-93, se trataba de establecer si el acuerdo modificatorio de un contrato de servicios suscripto por el subgerente departamental del Banco *ad referendum* de la resolución del Directorio se encontraba perfeccionado o no, ya que el contratista se había retractado antes de la aprobación del Directorio, si bien había continuado la prestación del servicio aceptando la renegociación del precio, motivo del acuerdo. La Corte tuvo en cuenta que el subgerente había actuado con suficientes facultades según un poder otorgado para celebrar o modificar contratos y que por lo tanto el acuerdo suscripto por él era válido, si bien su efica-

¹¹ MARIENHOFF, Miguel A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, "Contratos Administrativos", Abeledo-Perrot, 1994, pág. 218.

cia estaba condicionada a la aprobación del Directorio. Al haberse dado la aprobación del Directorio, los efectos se retrotraen al día en que se celebró el acuerdo, y por lo tanto no podía admitirse el desistimiento del contratista antes que se expidiera el Directorio. Por el contrario, la disidencia de los doctores Moliné O' Connor, Guillermo López y Adolfo Vazquez sostuvo que más allá del tema de la competencia, y aún reconociendo que se trataba de un acto válido, sin embargo, al haberse establecido la necesaria intervención del Directorio, ello implicaba someter su eficacia a una condición suspensiva y por lo tanto no podía generar derechos hasta tanto el hecho futuro e incierto se cumpliera. Por ello entendió que el contratista podía retirar su consentimiento ya que no se había emitido la manifestación de voluntad definitiva de la Administración.

Considero que si se trata de un acto sometido a una condición que es la aprobación de otro órgano, la obligación no genera derechos hasta que la condición se cumple (art. 528, CC) en cuyo caso los efectos se retrotraen (art. 543, CC) pero sólo para la Administración, ya que la obligación del contratista fue contraída sin condiciones y por ende, no podía ser válido su desistimiento en tal situación.

Otra cuestión está referida a la interpretación de los distintos documentos integrantes de la contratación, cuando hay divergencias entre pliegos y contratos.

En el caso "V. Robles c. Parques Nacionales", la Corte en el fallo del 30-3-1993 analizó el problema planteado por divergencias entre el contenido del pliego general, del pliego particular y del contrato. V. Robles pretendía la nulidad de la resolución de Parques Nacionales que, teniendo en cuenta lo establecido en el Pliego de Condiciones Particulares, determinó que finalizado el contrato de concesión, los edificios construidos pasarían sin cargo a ser propiedad del Estado Nacional. El conflicto interpretativo surge porque en el Pliego de Condiciones Generales se establecía que al finalizar el contrato, Parques Nacionales tenía opción para exigir el retiro de las construcciones y mejoras o para adquirirlas al valor que fijara el Tribunal de Tasaciones. Por el contrario, en el Pliego de Condiciones Particulares se decía que el adjudicatario asumía la obligación de retirar todas las instalaciones efectuadas en el plazo que se fijara. En caso contrario quedaría sin derecho a indemnización y los edificios pasarían sin cargo al Estado Nacional. Por último, el contrato pretendió ser aclaratorio y estableció lo expresado en el Pliego General. El voto de la mayoría sostuvo que el contrato aclaratorio, si bien reproducía lo establecido

en el pliego general al no haber derogado expresamente la cláusula del pliego particular, no podía desvirtuar lo pretendido por la Administración. En todo caso, la concesionaria es responsable de no haber solicitado oportunas aclaraciones al respecto. En cambio, el voto en disidencia del ministro Moliné O'Connor sostuvo que el contrato sirvió para aclarar la contradicción y por lo tanto debió aceptarse lo establecido en el pliego general según el orden de prevalencia previsto en el mismo contrato, donde se indicaba que regía primero el contrato, luego el pliego particular, luego el pliego general. Argumentó también que normalmente la notificación de la adjudicación perfecciona el contrato pero excepcionalmente se concreta mediante la redacción de un documento *ad hoc*.

En mi opinión, la interpretación de estas cláusulas de ambos pliegos podía hacerse considerándolas complementarias y no contradictorias, en tanto primero, según lo establecía el pliego general, correspondía la opción al Estado Nacional para adquirir las edificaciones o pretender su retiro y si, decidido el retiro de construcciones o mejoras, según los términos del pliego particular, la contratista no lo efectuaba en el plazo que se le fijara, estas construcciones pasaban al Estado Nacional sin cargo.

Este caso presenta también la necesidad de dejar establecido cuál es el orden de prevalencia de las normas en caso de diferencias de interpretación. Ello ha sido ahora previsto en el nuevo régimen de contrataciones del Dec. 1023/01. Su art. 7º determina que las contrataciones se regirán por su reglamentación, por las normas que se dicten en consecuencia, por los Pliegos de Bases y Condiciones y por el contrato o la orden de compra, según corresponda. Precisamente el art. 86 del Dec. Reglamentario anterior, 436/00, dispuso que todos los documentos que integran el contrato son recíprocamente explicativos y en caso de discrepancias deberá seguirse el siguiente orden de prelación: 1) en su momento, la ley de contabilidad; 2) el reglamento 436/00; 3) el pliego de condiciones generales; 4) el pliego de condiciones particulares; 5) la oferta; 6) la adjudicación; 7) la orden de compra.

Éste es el criterio expuesto por la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones, en lo Contencioso Administrativo Federal en el fallo del 29-11-2000, autos "Administración de Parques Nacionales c/Llao Llao-Holding S.A. s/contrato administrativo". Ante la diferente interpretación de las normas del pliego general de condiciones y las del contrato que determinaban diferencias en el precio que debía pagar la demandada, la Cámara sostuvo que en caso de duda debe

estarse a lo que específicamente determinan los pliegos correspondientes, ya que cabe estar a lo que tiene valor de una norma genérica interpretativa del contrato, como lo es el pliego de condiciones. En igual sentido, el Dr. Cassagne ha sostenido la naturaleza reglamentaria del pliego.¹²

Cabe concluir que de seguirse los términos del Código Civil para el perfeccionamiento del contrato bastaría la notificación del acto administrativo de adjudicación, actualmente el régimen de contrataciones del Estado ha establecido la necesidad de la firma de los instrumentos respectivos o de la notificación de la orden de compra para el contrato de suministro, despejando así esta duda, en un avance en la aplicación primaria del derecho administrativo y sus principios.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 51.