

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

ELÍAS MANTERO

Maestr en Derecho de la Empresa

SUMARIO:

- I. PROPÓSITO. INTRODUCCIÓN. II. NOCIONES PREVIAS. III. ADJUDICACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. IV. CON LA RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN: ¿SURGE UN DERECHO SUBJETIVO? V. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL NO OTORGAMIENTO DEL CONTRATO LUEGO DE LA ADJUDICACIÓN. VI. COMPLEMENTO DE LA TESIS DE LA ADJUDICACIÓN – ACEPTACIÓN CON LOS DESARROLLOS REALIZADOS EN LOS APARTADOS 4.2, 4.2.1 Y 5. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos efectuar algunas reflexiones acerca del momento en que se perfecciona el contrato en el procedimiento licitatorio.

Respecto del punto cabe primeramente efectuar una importante delimitación conceptual. La problemática que actualmente concita nuestra atención se circunscribe exclusivamente a aquellos contratos en los cuales no se requiere, por las normas (art. 1252 C.C.) o por la convención (art. 1664 C.C.), que la voluntad de las partes se exteriorice mediante la forma escrita, esto es, nos referimos a los contratos consensuales; en los casos en que existe tal exigencia formal no se plantea controversia alguna: el contrato se perfecciona en el momento en que el consentimiento se expresa en la forma exigida¹. En el procedimiento licitatorio, la eventual exigencia de una forma especial puede estar prevista (además de en la ley) en el pliego general o en el particular (arts. 44 y 45 respectivamente del TOCAF)².

¹ La particularidad de los contratos con la Administración determina que las normas puedan exigir otros requisitos o procedimientos, distintos a la formulación por escrito, para lograr el perfeccionamiento. En tal sentido, José R. Dromi menciona a la autorización o aprobación del contrato por otro órgano administrativo o por el órgano legislativo ("La Licitación Pública", Astrea, Buenos Aires, 1975, pág. 40 y "Manual de Derecho Administrativo", tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1987, pág. 292). En el mismo sentido, Juan Carlos Cassagne, "El Contrato Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 61.

² Cfr. Enrique Sayagués Laso, "La licitación pública", Acali, Montevideo, 1978 pág. 106, nota 9. Pero si no existe esa previsión especial señala el autor citado (pag. 109) que: "el vínculo contractual se perfecciona una vez que la adjudicación ha sido notificada al interesado. Es decir, que a partir de este instante es posible exigir su cumplimiento. No se necesita extender contrato escrito, siendo suficientes las constancias del expediente administrativo, verdadero instrumento público, para probar su existencia" (negrita nuestra). Igual posición mantienen Agustín Gordillo ("Tratado de derecho administrativo, tomo 2, cuarta edición - La defensa del usuario y del administrado -, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2000, pág. XII-46) y Miguel S. Marienhoff, ("Tratado de derecho administrativo", tomo III A - Contratos Administrativos -, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 144, 246, 266 a 267 y 329 a 331), sosteniendo este último que en materia de contratos administrativos, realizados mediante el trámite de la licitación, la exigencia de formulación por escrito constituye una excepción que debe establecerse consecuentemente a texto expreso. Ante la falta de requerimiento formal los contratos se perfeccionarían "con la notificación de la adjudicación al proponente que resultó adjudicatario", siendo esta última la regla general. De esta manera, el autor reconoce para el Derecho Administrativo el principio de la libertad de forma (consensualismo) imperante en el Derecho Civil. En contra: Héctor J. Escola, quien afirma, siguiendo a Bielsa, que "si el derecho administrativo es esencialmente formal, es decir, sujeto a la observancia de las formas prescritas, como regla infranqueable, y si la forma administrativa, por múltiples razones bien conocidas, es la escrita, la regla debe ser también la de que los contratos administrativos deben ser celebrados bajo forma escrita..." ("Tratado integral de los contratos administrativos" vol. I - Parte General -, Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 210-211). Sin aportar fundamento alguno, Miguel Marafuschi también se pronuncia en este sentido ("Perfeccionamiento del contrato administrativo" en Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, pág. 271.

La inquietud que motiva estas reflexiones radica en la comprobación de que en esta materia existen posiciones contradictorias. La controversia planteada es originada a su vez por otra discusión que la precede y que refiere al contenido del acto de adjudicación que pone fin al procedimiento licitatorio. Se discute si la adjudicación, además de seleccionar la oferta más conveniente, supone o no la aceptación de la misma. Para quienes entienden que la respuesta a esta interrogante es afirmativa, el contrato se perfeccionaría con la notificación del acto de adjudicación; en cambio, para aquellos que sostienen que la adjudicación no implica aceptación, siendo su único contenido la selección de una oferta, el contrato se formaría con nuevas declaraciones de voluntad de la Administración y del particular.

Además de la razón apuntada, en la realización de este trabajo influyó también la circunstancia de que quienes sustentan la primera teoría –la cual, desde ya se adelanta, es la que estimamos correcta– no la fundan en norma alguna. Tratar de demostrar que la primera posición es la válida y encontrar un fundamento normativo que la legitime es el principal objetivo de los desarrollos posteriores. También propondremos en este trabajo, a título experimental, una tercera solución, fruto de la combinación de la primera teoría con aquellos postulados de la segunda que consideramos válidos.

Adicionalmente, las conclusiones a las que arribaremos acerca del tópico anterior tendrán sus proyecciones en lo que refiere a los tipos de responsabilidad estatal (procontractual o contractual) que se pueden generar (y sus derivaciones) antes o después de la adjudicación; razón por la cual este tema también será objeto de nuestro análisis.

En atención a lo expuesto, para responder a la pregunta de cuándo se perfecciona el contrato (consensual) en la licitación, y sus consiguientes implicancias en el terreno de la responsabilidad estatal, se impone comenzar por determinar la naturaleza y efectos jurídicos del acto de adjudicación. Ello se hará, analizando las distintas posturas que se han manejado respecto del punto por la doctrina, y recurriendo a los textos positivos que en este aspecto demuestran cierta parquedad, no obstante lo cual es posible extraer de estos algunas conclusiones.

Con el mismo fin incluiremos, antes de abordar lo específicamente relacionado con el acto de adjudicación, el desarrollo de algunas nociones previas aplicables a la cuestión que nos ayudarán a comprender y resolver los temas planteados.

En tanto el acto de adjudicación se inserta en el procedimiento más general de la licitación, es pertinente en primer lugar aproximar un concepto de dicho procedimiento, así como exponer brevemente cuales son sus principales etapas.

En segundo lugar, será necesario para cumplir nuestro objetivo, identificar el sistema por el que opta nuestro Derecho para determinar el momento en que se perfecciona el contrato “entre ausentes” debido a que, según se verá, el contrato derivado de una licitación se inserta en esta categoría.

Finalmente, dentro de las nociones previas, haremos una referencia general al concepto de responsabilidad contractual, y dentro de ésta un análisis más detallado del instituto de la responsabilidad precontractual indicando sus presupuestos y sus consecuencias.

II. NOCIONES PREVIAS

A) El procedimiento licitatorio

La Administración, a la hora de contratar, se encuentra en general sometida al cumplimiento de determinados procedimientos que limitan su libertad en la elección del futuro co-contratante. Este mecanismo de restricción es, según el artículo 33 del TOCAF, “la licitación” cuando se deriven gastos y el “remate” o “licitación” cuando se originen entradas. El principio general es el de la “licitación pública” (art. 33, inc. 1º), pero también se prevén como excepciones a la regla otros procedimientos menos exigentes como son la “licitación abreviada” (arts. 33, num 1º y 48) y la “licitación privada” (art. 33, lit. B). El rasgo común a todos los tipos de licitación es la concurrencia o competencia entre varios oferentes, lo que los distingue del procedimiento de la contratación directa en el que la Administración elige a su co-contratante inmediatamente, sin competencia previa. Se trata este último de un mecanismo excepcional reservado para aquellas contrataciones de menor cuantía (art. 33 num. 3º)³.

Centrándonos entonces en la licitación, podemos definirla con Sayagués Laso como “un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más

³ Ver por todo: Carlos E. Delpiazzo, “Contratación Administrativa”, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, págs. 77-84.

ventajas; consistente en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones"⁴.

De lo anterior se deriva que la licitación es ante todo un procedimiento encaminado a la preparación de la voluntad contractual de un ente público⁵, la que se concretará, luego de cumplidas las etapas prescriptas, en la elección discrecional de la oferta que ofrezca mayores ventajas, y se exteriorizará a través de la aceptación de dicha oferta; formándose así, una vez notificada dicha voluntad al oferente seleccionado, el vínculo obligacional.

De acuerdo a lo que precede, compartimos lo expresado por DROMI en cuanto a que la licitación no es el contrato ni viceversa: "El contrato surge de la licitación, o, más bien dicho, su celebración puede tener lugar por licitación pero no es la licitación misma [...] Al igual que las tratativas privadas, no es sino un preliminar del contrato, destinado a fijar quién es el contratante"⁶.

Desde la perspectiva de la conclusión del contrato y con un criterio finalista, podemos decir que el único elemento formado dentro del procedimiento licitatorio que trasciende al mismo y repercute en el fenómeno contractual haciéndolo nacer, es la voluntad de aceptación, la que una vez notificada, producirá el enlace de voluntades necesario para dicho nacimiento. Al igual que sucede con las tratativas privadas, el procedimiento en virtud del cual se forma la voluntad de la Administración pierde importancia una vez concluido el contrato, siendo relevante únicamente la voluntad formada a los efectos de perfeccionarlo⁷.

Con esto no queremos significar que los vicios acaecidos en los actos integrativos del procedimiento no puedan influir sobre el contrato; lo que sucede es que dichos vicios, en definitiva, afectarán (si es del caso), la validez de la voluntad de aceptación y en forma indirecta al contrato mismo. Sin embargo, ello no implica sostener que el procedimiento licitatorio sea parte del contrato; repetimos, al perfeccionamiento del contrato lo que le importa es la voluntad de aceptación, la que puede estar afectada por los vicios del procedimiento. Lo anterior no difiere de lo que sucede en un contrato privado: el proceso de formación de la voluntad de un contratante, desarrollado antes del contrato puede estar afectado por un "vicio del consentimiento", lo que determinará que el contrato pueda anularse. Pero no por eso afirmaremos que ese proceso precontractual integra el contrato.

Como veremos más adelante, la voluntad de aceptación en el procedimiento licitatorio se materializa a través del acto de adjudicación. Pero como dijimos anteriormente, a dicha voluntad se llega luego de cumplidos los trámites y actos que conforman el procedimiento licitatorio; el que es determinado por el TOCAF.

En atención a ello es del caso efectuar algunos comentarios acerca del mismo.

La doctrina⁸ suele distinguir dentro del procedimiento de la licitación pública tres fases o etapas (que a su vez se descomponen en distintos actos): a) fase preparatoria, b) fase esencial, y c) fase integrativa.

La fase preparatoria es puramente interna de la Administración sin intervención ni participación de los administrados; consecuentemente no supone el surgimiento de ningún tipo de relación jurídica. Está comprendida por estudios de factibilidad jurídica, contable, económica, técnica y política de la obra o servicio objeto de la contratación posterior, la imputación provisoria del gasto conforme al crédito presupuestal disponible, la preparación del pliego de condiciones y la decisión genérica de contratar.

La fase esencial comienza con el llamado a licitación y culmina con la adjudicación, destacándose como elementos más importantes de la misma: la apertura, el estudio comparativo de las propuestas y el período de manifiesto, sin perjuicio de otras actividades eventuales. Esta etapa, a diferencia de la anterior, excede el ámbito interno de la Administración en cuanto la presentación de las ofertas da lugar a relaciones bilaterales con los administrados. Como expresa DROMI⁹ "La conjugación del acto administrativo de llamado a licitación con el acto jurídico privado de formulación de ofertas genera una relación de efectos vinculantes". Esta relación, productora de derechos y deberes para las partes, es de origen precontractual y tiene aptitud para generar la responsabilidad homónima en caso de que alguno de los sujetos del vínculo afecte al otro, lesionando de esta manera los derechos dimanantes de la misma (véase, *infra* n° 2.3.2).

⁴ "La licitación..." cit., pág. 9; "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, sexta edición (puesto al día a 1988 por Daniel H. Martins), Montevideo, FCU, 1991, págs. 552-553.

⁵ En este sentido: Escola, ob. cit., pág. 188.

⁶ Dromi, "La licitación..." cit., pág. 123. Esta es también la opinión de Rostagno, citado por Sayagués Laso en "La licitación..." cit., pág. 31. En contra: Sayagués Laso, Ídem: "El error de esta doctrina es evidente: si bien la licitación no es el contrato [...], éste surge de aquélla; y no puede decirse que la licitación sea sólo un período preparatorio del contrato, con el cual nada tendría que ver".

⁷ En contra: Sayagués Laso, "La licitación..." cit., pág. 38.

⁸ Dromi, "La licitación..." cit., pág. 191 y ss.; Delpiazzo, ob. cit., págs. 165 y ss.

⁹ Dromi, ídem, pág. 510.

Finalmente, la doctrina menciona la *fase integrativa* caracterizándola como la que "da lugar a la voluntad objetivada y su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma que el derecho positivo prevé: notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, instrumentación escrita, etcétera"¹⁰. Según Sayagués Laso "Si nada dicen las leyes, decretos o pliegos de condiciones, y la adjudicación es simple, es decir, está constituida por un solo acto, su propia naturaleza lleva a la conclusión de que el vínculo contractual se perfecciona cuando se comunica al adjudicatario la decisión de adjudicación"¹¹.

A los efectos de visualizar en conjunto las distintas etapas (y sus contenidos) descriptas, se recoge en el presente, con ligeras variantes, el siguiente esquema del procedimiento licitatorio realizado por el Dr. Rubén Flores Dapkevicius¹².

- A) ETAPA INTERNA (preparatoria) que comprende:
- a) Decisión de contratar;
 - b) Reserva del rubro: existencia de un crédito presupuestal;
 - c) Elaboración de pliegos de condiciones;
 - d) Publicidad de los pliegos.
- B) ETAPA ESENCIAL que comprende:
- a) Llamado;
 - b) Presentación de ofertas;
 - c) Apertura y análisis formal de las mismas;
 - d) Precalificación a los efectos de la eventual negociación o mejora de ofertas;
 - e) Eventual negociación;
 - f) Eventual mejora de ofertas;
 - g) Dictamen de la Comisión Asesora;
 - h) Eventual vista de las actuaciones;
 - i) Adjudicación;
- C) ETAPA INTEGRATIVA.
- Notificaciones. Perfeccionamiento del contrato.
Eventual garantía de fiel cumplimiento;
- j) Imputación definitiva;
 - k) Control;
 - l) Eventuales recursos administrativos; y
 - m) Eventual etapa jurisdiccional.

B) Contrato "entre ausentes": momento de su perfeccionamiento

Respecto del momento en que se perfeccionan los contratos en general, debemos decir que esto ocurre cuando se forma el consentimiento (art. 1262 del Código Civil) (presuponiendo la existencia de los restantes elementos –art. 1261 del Código Civil– que junto con el acuerdo de voluntades son necesarios para la conclusión válida del contrato), situación que a su vez se verifica en el lugar y en el instante en que la aceptación llega al proponente (art. 1265 del Código Civil). Esto puede ocurrir según el Código Civil entre "partes presentes" o entre "partes ausentes". Conforme Gabriel FERNÁNDEZ, en criterio que compartimos, "Cuando se habla de contratos concluidos entre 'ausentes' o 'presentes', se hace referencia a la ausencia o presencia humana en el mismo lugar físico, en el momento de emitirse la propuesta y en el instante de recepcionarse o conocerse la respuesta..."¹³. Así, entiende el autor citado que "De conformidad con lo dispuesto por el art. 1265 del C.C. (en cuanto refiere a 'mensajero' y a

¹⁰ Cfr. Dromi, "La licitación..." cit. págs. 192-193. Ver también: Sayagués Laso, "La licitación..." cit., pág. 106.

¹¹ Ídem, pág. 106. Como se verá (*infra* n° 3.2), esta solución está consagrada positivamente en el decreto 53/993 de 28 de enero de 1993, el cual aprobó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios No Personales en los Organismos Públicos.

¹² "Algunas consideraciones sobre los contratos administrativos y la licitación pública" en La Justicia Uruguaya, tomo 125, año 2002, sección doctrina, pág. 100. Es importante destacar que el autor sólo reconoce, a diferencia del resto de la doctrina, dos etapas en la licitación, la etapa preparatoria (que denomina "etapa interna") y la etapa esencial. Lo que para la doctrina mayoritaria, conformaría el contenido de una tercera etapa, la integrativa (perfeccionamiento del contrato), el autor lo subsume en la etapa esencial.

¹³ "Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento" en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, pág. 56.

'correspondencia epistolar o telegráfica') [...] las partes están ausentes, cuando el proponente y el destinatario de la oferta se encuentran en diferente lugar físico (ámbito espacial), en un momento determinado (ámbito temporal); y a su vez, que están presentes, cuando se hallan en el mismo lugar físico (ámbito espacial), en un momento dado (ámbito temporal)"¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, nuestro decimonónico ordenamiento civil presuponía que en los contratos "entre ausentes" el consentimiento se formaba necesariamente en forma progresiva, esto es, debía existir un necesario lapso de tiempo entre la aceptación y su recepción. Ello se pone de manifiesto, cuando el art. 1265 del C.C., nos habla del "contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica", únicos medios con los que en la época se podían comunicar dos personas a distancia y que impedían una comunicación directa e interactiva.

Sin embargo, como destaca acertadamente FERNÁNDEZ¹⁵, el desarrollo tecnológico ha determinado que puedan existir contratos "entre ausentes" con consentimiento formado de modo instantáneo¹⁶, ya sea que la propuesta sea verbal -por ejemplo, un contrato concluido por vía telefónica- o no verbal, caso del comercio electrónico "on line"¹⁷. Las distinciones anteriores resultan sumamente interesantes, pero en lo que a nuestro tema respecta, sólo referiremos a los contratos "entre ausentes" con consentimiento formado progresivamente por ser ésta la situación operante en los casos de licitación.

A diferencia de los contratos con consentimiento formado instantáneamente, en donde el momento del cruce de las voluntades está plenamente determinado (porque la declaración de aceptación coincide temporalmente con la recepción de la misma por el proponente, dando lugar así al contrato), en los contratos en donde al acuerdo de partes se llega progresivamente aquella determinación no es tan sencilla.

Para precisar este momento se han manejado en la legislación de distintos países cuatro sistemas:

Sistema de la aceptación o de la declaración: de acuerdo a este sistema el consentimiento se concluye con la sola exteriorización de la voluntad de aceptación cualquiera sea la forma elegida.

Sistema de la expedición: conforme al cual se exige, para completar el acuerdo de voluntades, la aceptación exteriorizada y la emisión de la misma (por ejemplo, enviando la aceptación a través de una carta por correo).

Sistema de la recepción: en este sistema para la constitución del consentimiento se requiere que la aceptación llegue al proponente, situación que se produce "cuando la respuesta entra en la esfera de control del destinatario, con la consiguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste"¹⁸.

Sistema del conocimiento: Aquí se requiere, no sólo que el destinatario recepcione la aceptación, sino que, adicionalmente, tome conocimiento efectivo de ella.

Nuestro Código Civil, regulando este tema (art. 1265), establece que para que surja el contrato, la aceptación del destinatario de la propuesta debe llegar al proponente, decidiendo de esta manera que la aceptación -al igual que lo es la propuesta- es una declaración de voluntad recepticia. Por lo anterior, nuestro Derecho descarta los primeros dos sistemas enunciados -aceptación y expedición- en tanto niegan la naturaleza recepticia de la aceptación.

Pero desechados los anteriores, resta definir a cuál de los dos sistemas restantes se afilia el Código Civil patrio, puesto que ello contestará la pregunta acerca del momento en que se perfecciona el contrato "entre ausentes", con consentimiento formado progresivamente.

El maestro Jorge GAMARRA ha sostenido que el Código Civil adhiere como principio general al sistema de la recepción. Funda su posición en el art. 1265 que establece que el contrato, entre ausentes, se perfecciona "en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente". Según el maestro, la expresión "llega" usada por el artículo debe interpretarse como que el contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación "entra en la esfera de control del destinatario, con la consiguiente posibilidad de aprehensión por parte de éste"¹⁹. Y desarrollando el concepto señala, citando a Thur, que "un documento puede considerarse llegado a su destinatario cuando se halla con él en tal relación de lugar que, de acuerdo con el punto de vista común y en condiciones normales, depende del destinatario tomar conocimiento de su contenido"²⁰.

No obstante el principio general señalado, el autor aludido reconoce la existencia de excepciones a dicha regla. Estas son: el art. 1268 que, al regular los efectos que produce la incapacidad o muerte supervinientes del

¹⁴ Ídem, pág. 53, nota 3.

¹⁵ Ídem, pags. 54 y 56-57.

¹⁶ En los que, al mismo momento en que se produce la aceptación, el proponente la recepciona.

¹⁷ También pueden existir, según Fernández, contratos entre presentes con consentimiento formado progresivamente (ob. cit., pág. 57).

¹⁸ Cfr. Jorge Gamarra, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", t. XI, FCU, Montevideo, 1993, págs. 137-138.

¹⁹ Íbidem.

²⁰ Íbidem.

proponente antes del contrato; consagra el sistema del conocimiento y el art. 1620, en sede de donación, que adhiere al mismo régimen. Estas excepciones, dice GAMARRA, crean una desarmonía con la regla de marras que el maestro resuelve considerando a los artículos 1268 y 1620 como *lex specialis* ²¹.

Contra la posición anterior se ha pronunciado FERNÁNDEZ, sosteniendo que nuestro Código Civil se adscribe a un único sistema, y que éste es el del *conocimiento*, no existiendo excepciones.

Sus argumentos son los siguientes:

(i) Afirma, en primer lugar, que el codificador no tenía una idea clara sobre el tema desde que habría requerido el conocimiento a lo largo de todo el Código Civil, citando como ejemplos los arts. 1256, 1266 y 2088.

(ii) En segundo lugar, critica la interpretación que hace GAMARRA del art. 1265 para argumentar a favor del sistema de la recepción; y contrariamente, interpreta dicho artículo en el sentido de receptor el sistema del conocimiento: "*Pretender que la expresión 'llega al proponente', significa 'llega al ámbito físico, o de control, o de aprehensión', resulta arbitrario, pues le atribuye a dato legal un sentido más extensivo del que utilizó*"²². En tal sentido sostiene que a dicho giro idiomático también sería válido darle el "*significado de 'llegar al ámbito intelectual' 'a la conciencia', 'a la psiquis', en definitiva, 'al conocimiento o al ámbito cognoscitivo del proponente'*"²³.

(iii) Sostiene que la expresión "*recibe la contestación del primer proponente*" que maneja el art. 1267 no puede ser un argumento para sostener que el Código Civil adhiere al sistema de la recepción²⁴. Por el contrario, afirma que dicho artículo conforma un argumento decisivo para sostener el acogimiento de la doctrina del conocimiento por el Código Civil. Porque si bien el inc. 2º del art. 1267 menciona la palabra "recibe", luego utiliza el siguiente giro "*...en que le avisa...*" y que: "*Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra 'aviso' significa 'Noticia o advertencia que se comunica a alguien...Anuncio...'; y el verbo 'avisar' significa 'Dar noticia de algún hecho...Advertir o aconsejar...Instruirse, informarse del estado de una cosa.*

A su vez, '*noticia' quiere decir 'noción, conocimiento...Contenido de una comunicación antes desconocida. Dar noticia de un acuerdo...'. Por su parte 'noticiar' posee el sentido de 'Dar noticia o hacer saber una cosa'*"²⁵.

(iv) Finalmente, FERNÁNDEZ somete su solución -*todos los arts. del C.C., con excepción del 2058, adhieren al sistema del conocimiento*- a un análisis utilizando la metodología de Alchourrón y Bulygin concluyendo que el mismo da como resultado una "*total coherencia en el sistema normativo de formación sucesiva del consentimiento*"²⁶; coherencia que no se obtiene, según el autor, con la tesis de Gamarra.

Una vez analizadas las posiciones anteriores estimamos, sin dejar de reconocer la opinabilidad del tema y valorar el interesante trabajo de FERNÁNDEZ, que la interpretación de GAMARRA es la que debe considerarse de recibo. El art. 1265 vincula la "llegada" de la respuesta a un "lugar" ("*...se perfecciona en el lugar...*") y ello es determinante para decidir que el Código se refiere a un espacio físico al que debe llegar aceptación y no a un ámbito intelectual, cognoscitivo, como pretende FERNÁNDEZ, y que aproximaría al art. 1265 al sistema del conocimiento.

En conclusión: nuestro Código Civil se alinea al sistema de la recepción para determinar el momento en que se perfecciona el contrato "entre ausentes". Ello determina que el acuerdo se considere formado cuando la respuesta entra en la esfera de control del destinatario, independientemente de que este último la conozca efectivamente o no.

²¹ Como veremos más adelante, Gabriel Fernández, contrariamente a la posición de Gamarra, sostiene que nuestro régimen es el del "conocimiento". Y como parte del fundamento de su tesis advierte que la desarmonía en que incurriría el Código, de aceptarse la coexistencia de dos regímenes distintos (art. 1265: recepción y art. 1268: conocimiento), tesis de Gamarra, no se salvaría por la interpretación que postula este último autor: el art. 1268 es una *lex specialis*. Fernández constata la existencia de situaciones en las que serían de aplicación a la misma vez ambos artículos, y sucediendo las cosas de esta manera "no puede sostenerse que los arts. 1265 y 1268 del Código Civil adhieren a distintos regímenes (siempre que sea viable una interpretación que otorgue correspondencia y armonía al sistema, art. 20 del Código Civil), puesto que de ser así, habría incoherencias insalvables en el sistema normativo del Código Civil..." (ob. cit., págs. 62-63).

²² Ob. cit., pág. 69.

²³ *Ibidem*.

²⁴ El inc. 2º del art. 1267 establece: "*La modificación de la propuesta primitiva importa una nueva propuesta que viene a ser obligatoria, desde que el individuo que la hizo recibe la contestación del primer proponente en que le avisa que se conforma con la modificación*". En este punto afirma Fernández que "*de cualquier manera, corresponde señalar que la posición tradicional no citó este texto en su apoyo*" (*ibidem*). Sin embargo, dicha aseveración debió ser fruto de una inadvertencia, porque Gamarra (en "Tratado..." cit., tomo XI, pág. 137, nota 32 y pág. 120, nota 7) cita precisamente al 2º inciso del art. 1267 como una ratificación de su interpretación.

²⁵ *Ibidem*, págs. 69-70.

1. El contrato realizado mediante licitación es un contrato "entre ausentes".

Aplicación del art. 1265.

El contrato que se celebra a partir de un procedimiento licitatorio es un contrato entre ausentes con consentimiento formado progresivamente desde que las partes, particular y Administración, se encuentran en diferente lugar físico al momento en que esta última emite su aceptación (adjudicación)²⁷, a la vez que transcurre un necesario lapso de tiempo entre la emisión de dicha aceptación y su recepción por el destinatario (adjudicatario). Esto atrae para la regulación del fenómeno las normas que disciplinan los contratos "entre ausentes"; en nuestro Derecho, al artículo 1265 del Código Civil. Por lo tanto, el momento que marca el perfeccionamiento del contrato es la recepción de la aceptación de la Administración por parte del proponente que resultó adjudicatario²⁸.

Respecto de esto último, no puede dejar de considerarse que CARBAJAL VICTORICA²⁹ ha sostenido que el Código Civil no puede aplicarse a actos administrativos, aunque sin fundamentar su aserto. Por lo demás, no se alcanza a comprender por qué razón no se podría aplicar el Código Civil si nos encontramos ante un contrato, con particularidades sin duda desde que interviene el Estado, pero ante un contrato al fin; por ello no se advierte cuál sería el impedimento para su aplicación. Como señala con acierto DELPIAZZO³⁰ "la categoría contrato es un género, que admite distintas especies; hay normas del Código Civil que refieren a los contratos con carácter general, cualquiera sea el contrato y, por ende, estas normas son comunes al Derecho Público y al Derecho Privado". La norma del art. 1265, sin duda, integra el elenco de las normas comunes a que refiere el autor citado, por lo que no hay obstáculo para aplicarla al contrato con la Administración.

Dentro de este pensamiento cabe ubicar, siguiendo con la doctrina administrativista, al profesor francés Marcel WALINE, quien refiriéndose concretamente al art. 1265 del Código Civil Uruguayo, y a la aplicación del mismo a los contratos con la Administración, ha dicho que la regla sentada por aquella norma "es un principio general de derecho contractual que se aplica en esta forma tanto en derecho público como en derecho civil"³¹.

En apoyo de la aplicación del art. 1265, y ahora pasándonos a las tiendas civilistas, merece destacarse la opinión de Arturo CAUMONT quien, realizando un compatible enfoque privatista de la contratación administrativa, sostuvo con magistrales palabras que el Código Civil "es la máxima expresión del Derecho privado pero que también es el cuerpo normativo en el cual implícita o explícitamente se consignan normas que hacen a la conceptualización, interpretación, calificación y tratamiento operacional técnico del fenómeno [contrato] más allá de fronteras disciplinarias irrelevantes para el punto específico: no puede negarse que es en el Código Civil donde se define al Contrato y donde se sientan reglamentemente los principios generales de la contratación, por lo cual soslayar tales normas y en especial el sentido que ellas tienen por encima de límites disciplinarios que sirven para otras cosas y no para ignorar los ámbitos ontológicos sobre los que se edifican las instituciones técnicas abstractas y concretas, puede resultar no solamente equivocado sino asimismo contraproducente"³². Explicando su idea continúa: "el Contrato está definido y significado conceptualmente en el Código Civil, por lo cual estará alejado de ser vía idónea para resolver todo problema que a su respecto se plantee soslayar la circunstancia preindicada, convirtiéndose así tal desconocimiento en factor que aumenta el problema de despejar incógnitas que se presenten mediante la agregación paradójica de una supresión, es decir, de la supresión de la posibilidad de recurrir precisamente al cuerpo normativo en cuyo ámbito se conceptualiza técnicamente la figura involucrada en el propio problema a resolver"³³.

Las exposiciones anteriores hablan por sí mismas. Pero nos interesa subrayar de qué manera el autor advierte sobre el indeseable prejuicio de evitar la aplicación de normas del Código Civil, en el caso del art. 1265, para resolver problemas vinculados a contratos en los que una de sus partes es la Administración. Dichas normas fueron creadas específicamente para solucionar aquellos problemas, siendo intrascendente a este respecto la calidad que revistan los sujetos contratantes.

²⁶ Ídem, págs. 70-71.

²⁷ Ver punto 2.2.

²⁸ Como se estudiará más adelante existe discusión acerca de si la adjudicación es la aceptación de una propuesta, inclinándose el suscrito por esta tesis.

²⁹ Juan José Carbajal Victorica, en consulta evacuada al Directorio del SOYP; publicada en la Revista de Derecho Público y Privado, tomo 41, 1958, pág. 287.

³⁰ Delpiazzo, ob. cit., pág. 218.

³¹ Marcel Waline, en consulta publicada en la Revista de Derecho Público y Privado, tomo 41, 1958, pág. 297. Se trata de una consulta referida al mismo caso sobre el que también se pronunció Carbajal Victorica (ver nota 29); aunque, como se puede apreciar, en sentido inverso en este aspecto.

³² Arturo Caumont, "Enfoque privatista de la contratación administrativa" en Contratación administrativa. Curso de graduados, FCU, Montevideo, 1988, pág. 199 (negrita nuestra).

³³ Ídem (negrita nuestra).

Por otra parte, la aplicación de normas de Derecho privado en el ámbito público, y concretamente en los contratos con la Administración, es admitida sin hesitaciones por nuestra Suprema Corte de Justicia cuando no existen disposiciones de naturaleza pública que resuelvan la cuestión.

En un fallo publicado en LJU con el número 13.243, la Corporación expresó que "...aunque es técnicamente exacta la distinción entre normas de derecho público y normas de derecho privado, ello no implica que cada uno de esos conjuntos normativos constituyan ámbitos aislados e incommunicados; desde luego que si en un asunto de derecho público [...] existe una norma específica que regula el punto conflictivo, habrá de estarse a ella. Sólo será legítimo recurrir a soluciones generales, aunque éstas pertenezcan al ámbito del derecho privado, a falta de una tal solución específica (Sentencia N° 598/95)".

Más concretamente aún, la jurisprudencia argentina ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la aplicabilidad subsidiaria de las normas civiles que disciplinan los contratos "entre ausentes", a los contratos celebrados a través del procedimiento licitatorio: "Las disposiciones del Código Civil referentes a la forma en que se perfeccionan los contratos por correspondencia son aplicables, en principio, a las licitaciones del Estado..."³⁴.

En la órbita del Derecho público no existen normas que determinen, con carácter general, el momento en que se perfecciona el contrato en la licitación, por lo que, de acuerdo a la opinión de nuestro máximo órgano jurisdiccional y de la jurisprudencia argentina, no habría inconveniente técnico alguno para aplicar al caso el art. 1265 (admitido que sea que el contrato es "entre ausentes")³⁵.

C) La responsabilidad de la Administración en la licitación

La disímil naturaleza y diferentes efectos que se le reconocen al acto de adjudicación por parte de la doctrina, determina que, según las posiciones en juego, se asigne a la responsabilidad de la Administración, generada con posterioridad a la concreción de aquel acto, distinta naturaleza: ora precontractual, ora contractual. Es por ello que seguidamente expondremos, para una mejor comprensión de los puntos que se tratarán, algunas nociones en torno de estos tipos de responsabilidad.

A) De la responsabilidad contractual

Es valor entendido en la actualidad que la responsabilidad contractual se genera en aquellos casos en que se incumple una obligación preexistente, sin importar la fuente de la obligación incumplida. Lo trascendente entonces para determinar si nos encontramos ante este tipo de responsabilidad es hallar un deber de carácter concreto, específico, vulnerado³⁶. Esto diferencia a la responsabilidad contractual de la extracontractual (art. 1319 C.C.) en donde lo violado no es una obligación propiamente dicha, sino el deber genérico de no causar daño a los demás (*neminem laedere*)³⁷.

Esta postura se fundamenta en que nuestro Código Civil no sólo estudia la responsabilidad contractual a propósito de los contratos en particular, sino que la analiza al considerar las diversas especies de obligaciones (tit. III, del libro V, art. 1333 y sig.), y las normas sobre daños y perjuicios (art. 1341 y sigtes.) son de aplicación, incluso en materia de responsabilidad emergente de los cuasicontratos o de las obligaciones legales³⁸.

De acuerdo con estos conceptos vinculados a los aspectos de este trabajo, diremos que la responsabilidad precontractual que se analizará seguidamente tiene naturaleza contractual, puesto que es fruto del incumplimiento de una obligación legal preexistente; cual es la de comportarse de acuerdo al parámetro de la buena fe en el período de las tratativas, que en el caso concreto que nos ocupa equivalen a los trámites del procedimiento licitatorio.

También será contractual la responsabilidad que se produce frente al adjudicatario cuando la Administración, luego de emitido el acto de adjudicación, decide no contratar con este último causándole perjuicios. Esta opinión se sustenta en que la adjudicación (aún no notificada), por virtud de la ley, crea en cabeza de la Administración la obligación de contratar con el oferente seleccionado; y habiendo una obligación (legal) preexistente, su incumplimiento da lugar al tipo de responsabilidad analizada.

³⁴ Sentencia de la Cám. Nac. Fed. sala civ. y com., junio 29-1962, "Gobierno Nacional c/ Maquimet S.R.L., citada por Dromi en "La licitación..." cit., pág. 415.

³⁵ Quizás, la razón fundamental de Carbajal Victorica, para afirmar la inaplicación del art. 1265, se encuentre en su opinión de que la adjudicación no es la aceptación de una propuesta, siendo el perjuicio de aplicar normas de naturaleza privada en el ámbito público una causa secundaria; si ello fuera así, valgan igualmente los párrafos anteriores para reafirmar la posibilidad de aplicación de normas civiles para regular contratos con la Administración.

³⁶ Cfr. Jorge Gamarra, "Responsabilidad Contractual I - El incumplimiento -", FCU, Montevideo, 1996, pág. 9.

³⁷ Cfr. Aut. Cit., "Tratado..." cit., t. XI, págs. 59 a 63.

³⁸ Cfr. Gamarra siguiendo a Peñano, en "Responsabilidad Contractual..." cit., pág. 9.

Demás está decir que el incumplimiento producido luego de perfeccionado el contrato, por la notificación del acto de adjudicación, también dará nacimiento a una responsabilidad contractual.

B) De la responsabilidad precontractual

Existe acuerdo en doctrina en que este tipo de responsabilidad tiene lugar por la violación de la obligación de comportarse de buena fe³⁹ en el período que va desde el comienzo de las tratativas hasta el momento del perfeccionamiento del contrato⁴⁰. Un hecho ilícito cometido luego de la formación del contrato no generará ya responsabilidad precontractual. Se sostiene la existencia de esa obligación de comportamiento leal por aplicación analógica de distintos artículos del Código Civil (1276, 1672, 1717, 1721, 1804, 2204, 2236, 1699, 1719, 2249, 2269), que exigen dicha conducta en el período considerado⁴¹. Más allá de la discusión en torno de si nos encontramos ante una responsabilidad de origen contractual o extracontractual⁴², lo cierto es que su verificación impone al incumplidor la obligación de pagar los daños y perjuicios ocasionados. Obviamente, aquí no se resarcan los daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato, sino aquellos que la no formación del mismo pudo ocasionar (interés negativo). Como señala Gamarra, éstos consistirán en "los gastos realizados con motivo de las tratativas"⁴³ e incluso los daños "causados por la pérdida de oportunidades de celebrar otros contratos"⁴⁴. Nótese en este sentido la magnitud que pueden revestir estos daños cuando se trata de una licitación importante en donde los gastos de preparación de la propuesta suelen ser elevados (costos de pliegos, planos, proyectos, estudios, etcétera)⁴⁵.

No obstante este enfoque general de la responsabilidad precontractual, la doctrina acostumbra a estudiar casos particulares de ésta, los que, por su relevancia en el terreno práctico, admiten un tratamiento por separado.

En tal sentido, el que particularmente resulta relevante para el asunto en cuestión, es el de la "ruptura intempestiva de las tratativas". Es decir, aquella situación que se plantea cuando luego de negociaciones entre dos sujetos con miras a la celebración de un contrato, uno de ellos abandona la relación intempestivamente ocasionando perjuicios a su contraparte. Sin perjuicio de la discusión acerca de las condiciones que deben verificarse para que surja responsabilidad, existe acuerdo en cuanto a que ésta se genera en aquellos casos en que un sujeto "sigue las tratativas con el único propósito de hacer perder tiempo y oportunidades más ventajosas a la otra parte"⁴⁶; asimismo, se tiende a aceptar la responsabilidad de quien, "sabiendo que la contraparte está realizando (o realizó) gastos de cierta entidad, persiste en las tratativas, para cortarlas bruscamente en un cierto momento, aunque no se haya producido ningún cambio en la situación originaria"⁴⁷.

Sin duda alguna, cuando la Administración se relaciona con particulares a través de una licitación, también se encuentra obligada a comportarse de acuerdo al parámetro de la buena fe en el relacionamiento.

Ya hemos tenido oportunidad de mencionar en este aspecto la opinión de DROMI, según la cual la unión del acto administrativo de llamado a licitación con el acto jurídico privado de presentación de ofertas da vida a una relación con efectos vinculantes⁴⁸, originando derechos y obligaciones que son anteriores al contrato y que no se confunden con los que crea este último. Porque "(s)ería 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

³⁹ Se alude al concepto de buena fe objetiva consistente en una norma de conducta que impone a las partes de un futuro contrato la obligación de comportarse lealmente (Cfm. Jorge Gamarra, "Tratado..." cit., tomo XI, pág. 39).

⁴⁰ Esta responsabilidad será siempre precontractual con independencia de que luego el contrato llegue a perfeccionarse válidamente (ej.: art 1276 C.C.), o que resulte nulo (ej. Art. 1672 C.C.), o que nunca se concluya (ruptura intempestiva de tratativas contractuales), puesto que lo que determina el surgimiento de esta responsabilidad es que el hecho ilícito se verifica en el período de las tratativas.

⁴¹ Ver: Jorge Gamarra, "Tratado..." cit., tomo XI, págs. 43-48.

⁴² Jorge Gamarra (Idem. págs. 59-76) se inclina por incluir a la responsabilidad precontractual dentro de la responsabilidad contractual, por cuanto se da el supuesto generador de esta última, cual es el incumplimiento de una obligación preexistente; según se analizó, en la responsabilidad precontractual, se incumple la obligación de comportarse de buena fe. En contra, afirmando su naturaleza extracontractual: Roberto H. Brebbia, "Responsabilidad precontractual", Rosario, 1957, págs. 50-51 y 108.

⁴³ Cfm. Jorge Gamarra, "Tratado..." cit., tomo XI pág. 95.

⁴⁴ Idem., pág. 96

⁴⁵ En el ámbito administrativo, en cuanto a los daños reparables, ver: Dromi, "La licitación..." cit, pág. 525; Raquel Fata, "Responsabilidad precontractual de la Administración" en Contratación Administrativa. Curso de graduados 1988, FCU, Montevideo, 1989.

⁴⁶ Cfm. Jorge Gamarra, "Tratado..." cit, tomo XI, pág. 86.

⁴⁷ Idem., pág. 87

⁴⁸ "La licitación..." cit, pág. 75.

licitación después 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 hubieran concluido el trabajo, etc"⁴⁹.

En síntesis, en todos aquellos casos en que la Administración no honre la obligación de comportarse de buena fe antes del perfeccionamiento del contrato, generará responsabilidad pre-contractual a su respecto y deberá indemnizar los perjuicios que con tal accionar ocasiona; los que se circunscribirán, según hemos expuesto, a los gastos incurridos en la preparación y presentación de la oferta.

Se manejan frecuentemente como hipótesis en las que se genera responsabilidad pre-contractual de la Administración, por el incumplimiento de la obligación antedicha, las siguientes:

Revocación, modificación y suspensión del llamado a licitación⁵⁰.

Revocación de la adjudicación⁵¹.

Adjudicación prematura.

Rechazo de ofertas.

Indebida exclusión de oferentes.

Vicios en los actos separables, en el pliego de condiciones, llamado a licitación, admisión, preadjudicación y adjudicación⁵².

Según se dirá (*infra* 3.1), hay quienes sostienen que la adjudicación (aun notificada) no perfecciona el contrato sino que el único contenido de la misma es seleccionar al proponente con quien se contratará después. Sin embargo, postulan que desde la adjudicación pesaría sobre la Administración la obligación de celebrar el contrato, cuyo incumplimiento generaría responsabilidad. Planteadas las cosas de esta manera, la responsabilidad del caso sería contractual *strictu sensu* y no precontractual; porque el incumplimiento lo sería de la obligación de prestar el consentimiento para perfeccionar el contrato, situación distinta al de la responsabilidad *in contrahendo*, cuyo supuesto específico, conforme se señaló, es el incumplimiento de la obligación de comportarse de buena fe en el periodo precontractual.

No obstante lo anterior, la doctrina considerada no identifica cuál sería la fuente de la obligación de contratar que surgiría en cabeza de la Administración. Dicha fuente no podría ser, en esta postura, el acto de adjudicación mismo, puesto que son sus mismos sostenedores los que, al afirmar que la adjudicación lo único que hace es seleccionar una oferta, le niegan esta potencialidad.

Pues bien, si no se identifica cuál es la fuente de esta supuesta obligación de contratar, no es plausible sostener la existencia de la misma, ni tampoco, por consecuencia, afirmar una responsabilidad (contractual *strictu sensu*) por su incumplimiento. Entonces, si se quisiera mantener el resultado responsabilidad, por la negativa a contratar de la Administración luego de la adjudicación, habría que buscar el mismo en el incumplimiento de una obligación distinta, cuya existencia se pudiera demostrar efectivamente. Y a esta altura no quedaría más remedio que echar mano a la responsabilidad precontractual por el incumplimiento de la obligación de comportarse de buena fe en el periodo de las tratativas. Ello dista de ser intrascendente si consideramos que este tipo de responsabilidad, de acuerdo a lo visto anteriormente, sólo permite reclamar como daños y perjuicios el *interés negativo*, esto es, los gastos incurridos en la presentación de la oferta. Tampoco se podrá exigir forzosamente la contratación, punto este último sobre el que volveremos *infra*.

Ahora bien, si de acuerdo a lo anterior manejamos por hipótesis que la tesis analizada podría encontrar fundamento en la responsabilidad precontractual: ¿en qué cambiarían las cosas luego de la adjudicación?; porque habíamos dicho que la Administración estaba expuesta a este tipo de responsabilidad desde que comienza su relación con los particulares; y ello, con independencia de que exista o no adjudicación. La respuesta a la pregunta planteada podría contestarse diciendo que a partir de la adjudicación, la obligación de comportarse de buena fe se concreta y se intensifica más, generando responsabilidad automática en caso de incumplimiento; allí radicaría la trascendencia del dictado del acto de adjudicación en la interpretación que efectuamos de la doctrina ya analizada.

⁴⁹ Ídem., pág. 510.

⁵⁰ Según Marienhoff (ob. cit., págs. 196-198 y nota 236), carecería de base jurídica una pretensión de resarcimiento de daños por parte de oferentes que se presentaron a un llamado a licitación que luego se deja sin efecto. Esta afirmación encontraría fundamento en que el llamado a licitación no es una propuesta sino una invitación a ofertar; por consiguiente, la presentación de ofertas por los particulares no constituirían aceptaciones de aquella. Si mal no interpretamos, lo que pretende decir el autor es que, de acuerdo a lo anterior, la presentación de ofertas no hace surgir aún vinculación contractual alguna; y siendo esto así, no podría hablarse de responsabilidad en dichos casos. Es fácil controvertir la posición del autor si se considera que el manejo, conforme analizamos, sería un caso de responsabilidad precontractual que no tiene por presupuesto la existencia de un contrato. El incumplimiento lo sería, como vimos ampliamente, de la obligación legal de comportarse de buena fe en la etapa precontractual.

⁵¹ Según se adelantó en el apartado anterior, y se desarrollará luego, esta situación constituye, a nuestro criterio, una hipótesis de responsabilidad contractual y no precontractual; no siendo irrelevante la cuestión si se tiene en cuenta el tipo de daño que se puede reclamar en uno u otro tipo de responsabilidad.

⁵² Ver en este sentido: Dromi, "La licitación..." cit., pág. 524; Delpiazzo, ob. cit., pág. 100; Fata, ob. cit., págs. 36-37; Flores Dapkevicius, ob. cit., pág. 84.

III. ADJUDICACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

A) Posiciones doctrinarias. Su crítica

En este apartado se realizará un análisis crítico de las principales posiciones doctrinarias que se han dado respecto de los conceptos de "adjudicación" y de "perfeccionamiento de contrato" en la licitación.

Comenzaremos la revisión con la ya conocida posición de SAYAGUÉS LASO quien sostiene que la adjudicación "es un procedimiento que tiene como finalidad presentar al agente público competente para celebrar el contrato, la persona que ofrece mejores condiciones"⁵³, y que a la vez que determina la oferta más conveniente la declara aceptada⁵⁴. Según el autor, en el acto administrativo de adjudicación se pueden separar idealmente dos contenidos diversos: por un lado se selecciona la mejor oferta -contenido que mira hacia lo interno de la Administración-, y por otro lado, se acepta la propuesta que se reputó con anterioridad como más conveniente -contenido que se dirige hacia lo externo de la Administración, es decir, hacia el co-contratante adjudicatario-⁵⁵. Sin la claridad demostrada en el párrafo anterior, el autor citado aborda el tema del momento en que se perfecciona el contrato, dando dos soluciones distintas e incompatibles. Por una parte, sostiene que el contrato surge cuando la adjudicación (aceptación) es "notificada al interesado, salvo que a texto expreso se establezca una solución distinta"⁵⁶, y por otra parte, en diverso lugar de su obra, postula que "luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado"⁵⁷. Es decir, afirma por un instante que el contrato se forma con la notificación de la aceptación para luego desdecirse y sostener que el contrato se perfecciona con la sola aceptación, siendo la notificación algo secundario⁵⁸. De las dos proposiciones la válida es la primera, esto es, la que postula que el contrato se perfecciona con la notificación de la aceptación. Debe recordarse en este sentido (véase, *supra*, nº 2.2.1) que el contrato en la licitación pública es un contrato entre ausentes, y que de acuerdo a nuestro sistema legal⁵⁹, el momento que marca el perfeccionamiento en estos casos, es la recepción de la aceptación por el proponente -sistema de la recepción- y no la sola exteriorización de la aceptación -sistema de la declaración-; situación esta última, que en la licitación pública se consumará por medio de consignar la resolución de adjudicación en el expediente administrativo.

Alberto Ramón REAL comparte que la adjudicación es la aceptación de la propuesta más ventajosa, afirmando además que, con la notificación de la adjudicación surge el derecho subjetivo "a favor del oferente elegido o seleccionado, el que podrá exigir la formalización del contrato, si se requiere, según lo previsto por el pliego o por el derecho especial que rija la cuestión para la materia (contrato escrito, escritura pública, etc, según los casos)"⁶⁰.

Saúl BURZSTYN MAS y Washington BARBOT adhieren a la posición de Sayagués en cuanto al doble contenido del acto de adjudicación: selección de la propuesta más conveniente y aceptación de la misma, pero superan la contradicción expuesta precedentemente al sostener que el vínculo contractual queda perfeccionado con la notificación de la adjudicación (aceptación)^{61 62}.

⁵³ Enrique Sayagués Laso, "Tratado..." cit. t. I pág. 555.

⁵⁴ Ídem., págs. 556 y 555

⁵⁵ Ver del mismo autor "La licitación..." cit., págs. 40 y 103.

⁵⁶ "Tratado...", cit., t. I, págs. 556-557 y t. II, pág. 595 (negrita nuestra).

⁵⁷ Ídem., págs. 565-566 (negrita nuestra).

⁵⁸ Debe consignarse que el mismo autor, en su obra anterior sobre el tema ("La Licitación..." cit., págs. 106 y 107), sostuvo una única solución, siendo además, según se verá, la correcta: "el vínculo jurídico queda perfecto una vez comunicada la adjudicación al interesado".

⁵⁹ Art. 1265 C.C. Según ya se explicitó, esta regulación resulta aplicable a la licitación pública, no obstante ser una norma privada.

⁶⁰ Alberto Ramón Real, "Licitación Pública, Adjudicación y Contrato-Vicios" en LJU, Nº 76, sección Doctrina, pág. 81 (negrita nuestra). Lo expuesto por Real puede plantear dudas en cuanto a si éste entiende que con la notificación de la adjudicación se concluye el contrato, o si está postulando la existencia de un derecho a exigir luego un perfeccionamiento que por hipótesis aún no se habría producido. Nos parece que el autor en este punto piensa algo similar a lo sostenido por Sayagués Laso. El principio es que con la notificación de la adjudicación surge el contrato mismo y no el derecho a exigir un perfeccionamiento posterior. Y esta regla se excepciona en los casos en que la ley o el pliego exigen una forma especial; situación esta última en la que Real (y no Sayagués) sostiene que la notificación del acto de adjudicación genera, ahora sí, un derecho del adjudicatario a exigir el perfeccionamiento ("formalización del contrato"). Pensamos esto, porque el autor sólo vincula su afirmación relativa al "derecho a exigir la formalización" (que surgiría con la adjudicación notificada) a la hipótesis de que "el pliego o el derecho especial" requieran la forma escrita. Para las restantes situaciones no nos dice que surja un derecho a exigir la formalización de un contrato. Esto se reafirma si se analiza la siguiente referencia que hace Real respecto del acto de adjudicación: Establece que con ésta "se integra el acuerdo de voluntades. Luego viene la notificación y, en su caso, la documentación del contrato por escrito" (Íbidem: negrita nuestra). Concluyendo podemos decir que Real entiende, según nuestra visión, que en las situaciones corrientes en las que no se requiere formalidad especial (por la ley o por los pliegos) el contrato se perfecciona con la notificación del acto de adjudicación; y en los casos donde se requiere dicha forma especial (en los que la notificación no perfecciona el contrato), la misma genera un derecho subjetivo a dicho perfeccionamiento.

⁶¹ Según el primer autor citado («Principios Generales de la Licitación Pública», en la obra colectiva "La contratación Administrativa y su control por el Tribunal de Cuentas", FCU, 1976, pág. 108), "de la propia naturaleza del acto de adjudicación se desprende que el vínculo contractual se perfecciona cuando se comunica al adjudicatario la decisión de adjudicación, o sea, cuando la aceptación llega a conocimiento del proponente". Nótese sin embargo, que Burzstyn culmina diciendo que se requiere el conocimiento del proponente, lo que a nuestro criterio no es acertado desde que nuestro ordenamiento (véase, *supra* 2.2) consagra el sistema de la recepción

En la misma línea de pensamiento se puede ubicar a Felipe ROTONDO, quien analizando el acto de adjudicación establece que por éste «...el licitante 'determina, reconoce, declara y acepta' la propuesta más ventajosa...». En cuanto al momento del perfeccionamiento del contrato, señala que el mismo surge "usualmente cuando la aceptación (adjudicación) llega a conocimiento del adjudicatario, mediante la notificación de la respectiva resolución; ello es así si no se exige la forma escrita (documento contractual) como exigencia de la validez del contrato"⁶³.

Lorenzo SÁNCHEZ CARNELLI comparte con los anteriores autores la afirmación de que la adjudicación equivale a la aceptación de una oferta⁶⁴, no pronunciándose respecto de si la notificación de la misma perfecciona el contrato.

Jaime SAPOLINSKI expresa: "Muchas veces, el contrato se debe tener por perfeccionado, cuando la administración notifica la adjudicación, que equivale a una aceptación de la oferta. A partir de allí el contrato empieza a ejecutarse sin más formalidades"⁶⁵. Para el autor nombrado, la adjudicación constituye aceptación de una oferta, lo que lo incluye dentro de las posiciones anteriores. En lo concerniente al momento de la formación del contrato, si bien podemos compartir la posición de Sapolinski en cuanto a que la notificación de la adjudicación perfecciona el contrato, nos parece incompleta la afirmación de que esto sucedería "(m)uchas veces", en tanto no se precisa cuál sería el presupuesto operativo de dichas situaciones. Evidentemente, esto último sucederá así, cuando las normas no exijan un requisito especial que excepcione el principio general de que los contratos se perfeccionan en el momento que se notifica la aceptación al proponente (art. 1265 C.C.).

Finalmente, en la doctrina nacional, José Luis ECHEVARRÍA, comentando una sentencia de la Suprema Corte de Justicia que se pronuncia admitiendo la tesis de Sayagués, se inclina igualmente por la posición de este autor⁶⁶.

Veamos ahora qué tratamiento recibe el presente tema en la doctrina extranjera.

Alineado con las posiciones anteriores, DROMI establece en forma sintética que "la adjudicación es el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratante"⁶⁷. Respecto del perfeccionamiento del contrato, afirma el publicista argentino que, luego de la adjudicación que cierra la fase esencial de la licitación, el vínculo se concluye de acuerdo a la técnica adoptada por el derecho positivo: a) aprobación u homologación; b) notificación y c) estipulación escrita. Señala que, según el derecho argentino, los contratos de suministros y demás regidos por el R.C.E., se perfeccionan "con la notificación o comunicación al interesado de la adjudicación dispuesta (art. 61, incs. 80 y 81, decr. 5720/72), adoptando el sistema de la información, es decir que el oferente haya tomado conocimiento de la misma"; mientras que "para los contratos de obras públicas, la ley 13.064 exige la estipulación escrita para su perfeccionamiento (arts. 21-24)"⁶⁸.

Igual opinión sostiene MARIENHOFF respecto del concepto del acto de adjudicación: "La 'adjudicación' es [...] el acto de la Administración Pública en el que ésta, previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, decide cuál de ellas es la más conveniente, y la acepta, quedando con ello simultáneamente determinado el cocontratante para ese caso particular"⁶⁹. Por su parte, en lo referente a la conclusión del contrato, señala, citando en apoyo a Sayagués Laso, que: "El 'principio' o 'regla' en materia de contratos administrativos, realizados mediante el trámite de la licitación, es que los mismos se perfeccionan con la notificación de la adjudicación al proponente que resultó adjudicatario. La 'excepción', que entonces requiere texto expreso, consiste en que el perfeccionamiento del contrato requiere la redacción de un documento especial"⁷⁰.

⁶² El segundo autor mencionado ("La Adjudicación del Contrato Administrativo" en la ob. cit. en nota anterior, págs. 198-199) sostiene con mayor precisión que, "El vínculo contractual se perfecciona desde el momento en que ha sido notificada al proponente elegido la aceptación de su oferta".

⁶³ Felipe Rotondo Tornaría, "Manual de Derecho Administrativo", t. 2, Universidad, pág. 154. Al igual que Burzstyn, Rotondo se equivoca cuando marca al conocimiento de la aceptación como el momento de perfeccionamiento del contrato (ver nota 61).

⁶⁴ Lorenzo Sánchez Carnelli, "Adjudicación, vicios, impugnación", en Contratación Administrativa. Curso de graduados 1988, FCU, Montevideo, 1989, pág. 41.

⁶⁵ Jaime Ruben Sapolinski, "Vicios en la contratación administrativa" en Actualidad de la contratación administrativa. Curso de graduados 1999, FCU, Montevideo, 2000, pág. 85.

⁶⁶ José Luis Echevarría, "Acerca de la Adjudicación en la Licitación Pública (Comentario a la Sentencia 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995)" en Revista de Derecho (Univ. de Mont.), Año I, (2002), Nº 1, págs. 107-118. En el mismo lugar se transcribe la sentencia que se comenta.

⁶⁷ Dromi, "La licitación..." cit, pág. 390. En su Manual... cit, pág. 292, el autor ratifica este criterio trayendo a colación el siguiente fallo jurisdiccional: "La adjudicación es el acto administrativo por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual (CNFed, Sala CivCom, 4/8/67, JA, 1968-I-128; CcomCap, 19/10/36, LL, 634)".

⁶⁸ Ver: "La licitación..." cit., págs. 40 y 407-408; "Manual..." cit., págs. 295-296. En contra, respecto al perfeccionamiento del contrato de suministro: Juan C. Cassagne, según el cual, los arts. 80 y 81 del RCE exigen para el perfeccionamiento de este contrato "la notificación de la adjudicación más un requisito adicional consistente en la emisión de la correspondiente orden de compra o venta, que también debe ser notificada o comunicada [...] la sola adjudicación, aunque fuere notificada, no es idónea para producir el perfeccionamiento..." (ob. cit., págs. 61-62).

⁶⁹ Marienhoff, ob. cit., pág. 243.

⁷⁰ Ídem. pág. 267, texto y nota 372. Recuérdese a este respecto, que el derecho uruguayo no registra requerimientos formales especiales para la formación de los contratos administrativos, por lo que el perfeccionamiento operaría, conforme lo sostiene el autor citado y Sayagués Laso, con la notificación de la adjudicación: Ver nota 1.

Agustín GORDILLO reconoce que la adjudicación configura la aceptación de una propuesta y establece, compartiendo la opinión de Sayagués Laso, que *"En principio el contrato quedaría perfeccionado con la notificación al interesado de la adjudicación efectuada a su favor"*⁷¹. Mencionando como excepción, la ley de obras públicas argentina (arts. 20 a 24), según la cual, se requeriría, como requisito adicional, la firma de un contrato escrito⁷².

También Manuel M. DIEZ opina que la adjudicación es la aceptación de una propuesta: *"Al establecer cuál es la oferta más ventajosa se la declara aceptada"*. *"La aceptación de la oferta más ventajosa implica la adjudicación..."*⁷³. Con relación al momento de conclusión del contrato dice: *"La adjudicación implica en algunas oportunidades directamente la celebración de un contrato. En otros supuestos será necesario un contrato posterior. En el primer supuesto, con la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado. En el segundo, vale decir, cuando los textos legales exigen expresamente la firma de un contrato, es necesario el cumplimiento de dicho requisito"*⁷⁴.

Respecto del primer supuesto manejado, el autor repite a la letra lo sostenido por Sayagués Laso. Pero lamentablemente lo hace en la parte en que este último autor se equivoca: el contrato se perfecciona con la sola adjudicación, omitiendo citarlo en lugar en que sienta la buena doctrina: el contrato se perfecciona con la notificación de la adjudicación. Oportunamente criticamos a Sayagués cuando éste decía que con la sola adjudicación sin notificar se perfeccionaba el contrato. Expresábamos que en el derecho uruguayo el perfeccionamiento contractual se obtenía con la recepción de la aceptación por el proponente -sistema de la recepción- y no con la sola exteriorización de la aceptación -sistema de la declaración-, en el caso, la adjudicación.

Pues bien, la misma crítica cabe hacerle a Diez, desde que el Derecho argentino consagra un sistema intermedio entre el de la expedición y el del conocimiento (arts. 1154 y 1155 del Código Civil Argentino).⁷⁵

En la doctrina española GARCÍA DE ENTRERRÍA y FERNÁNDEZ⁷⁶ nos dicen que *"El contrato se perfecciona con la adjudicación definitiva (no con la formalización) y desde ese mismo momento existe y obliga como tal, según precisan los artículos 13 y 32 LCE y 45 RRCL"*. En cuanto al contenido del acto de adjudicación, los autores no se pronuncian específicamente. Pero, desde que afirman que la adjudicación perfecciona el contrato, reconocen implícitamente que ésta tiene por contenido la aceptación de la propuesta seleccionada. No podría perfeccionarse un contrato sin la concurrencia de la voluntad de la Administración manifestada en la aceptación.

En la doctrina francesa siempre es importante citar la opinión de WALINE debido al prestigio y reconocimiento de que goza dicha doctrina. Pero en el caso, la posición del autor que se recogerá, resulta particularmente relevante por cuanto fue emitida al evacuar una consulta sobre un caso concreto sucedido en nuestro país y regido por las leyes uruguayas. En tal sentido, afirmó WALINE en dicha consulta, que la adjudicación constituye la aceptación de una propuesta, y que de acuerdo al art. 1265 del Código Civil el contrato se perfecciona cuando la adjudicación es notificada al proponente seleccionado⁷⁷.

Hasta aquí hemos pasado revista a los autores que sostienen, más allá de algunos matices, que la adjudicación contiene la aceptación de una propuesta y que el contrato se perfecciona, no existiendo una disposición en contrario, con la notificación de dicha adjudicación (aceptación)⁷⁸.

Estudiemos ahora quienes sostienen lo contrario.

El más fiel exponente de la posición opuesta es CARBAJAL VICTORICA⁷⁹. Éste establece que *"si el objeto de la licitación es indudablemente la designación del candidato mejor a contratante, la decisión que produce ese efecto, no puede ser jamás consentimiento de contrato"*⁸⁰. Sobre el punto agrega que el acto administrativo de adjudicación de una licitación, no puede ser *"...unilateral por un lado y bilateral por el otro..."* y no representa consentir un contrato⁸¹. Confirma lo expuesto al expresar que *"El acto de adjudicación no constituye el consentimiento de un contrato. Designa*

71 Ob. cit., pág. XII-46.

72 *Ibidem*.

73 Manuel María Diez, "Derecho Administrativo II, Omeba, Buenos Aires, 1965, pág. 482.

74 *Ídem*, pág. 483.

75 Cfr. Salvat, citado por Escola en ob. cit., pág. 143, nota 23. Atilio Alterini, Oscar Ameal y Roberto López Cabana (Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 676) señalan que el sistema del Código Civil Argentino es el de la expedición, lo cual no cambia lo sostenido anteriormente.

76 Eduardo García de Entrerría y Tomás-Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo I", Civitas, Madrid, 1981, pág. 605.

77 Marcel Waline, consulta cit., págs. 296-297 y 299.

78 García de Entrerría y Fernández parecen no exigir, de acuerdo al derecho español, la notificación de la adjudicación para el perfeccionamiento.

79 Carbaljal Victorica, ob. cit.

80 *Ídem*, pág. 287.

81 *Ídem*, pág. 289.

al candidato a contratar..."⁸². De acuerdo con lo anterior, es indudable que el autor niega que la adjudicación pueda ser calificada como aceptación de una propuesta⁸³.

De sus desarrollos no se extraen fundamentos que lo demuestren, por tanto, el autor incurre en el vicio lógico de la "petición de principios" que supone precisamente dar por probado lo que se debe demostrar. Por otra parte, no es cierto que la asimilación del acto de adjudicación a la aceptación de un contrato implique atribuir al mismo –lo que según el autor sería inadmisibles– la nota de bilateralidad⁸⁴. La aceptación, sea que la exprese la Administración, por medio de un acto administrativo, o un particular, es siempre una declaración de voluntad unilateral (recepticia), aunque encaminada al perfeccionamiento de un negocio jurídico bilateral (contrato)⁸⁵.

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, es obvio que para aquel autor el vínculo se concluye con la emisión de una nueva declaración de voluntad –ésta si de aceptación– por parte de la Administración. Finalmente, con relación a qué efectos produce la adjudicación –ya que no el contrato– respecto del adjudicatario, el autor sostiene que "la administración después de la notificación de la adjudicación, está obligada a contratar con el adjudicatario"⁸⁶ y que a partir de allí, el adjudicatario "Tiene derecho a exigir la contratación, desde que la adjudicación es promesa formal de contrato"⁸⁷. No valoraremos actualmente dicha afirmación por cuanto será objeto de un tratamiento por separado posteriormente (véase, *infra* nos. 4.2 y 4.2.1); alcance por ahora con decir que lo postulado implica sostener el surgimiento de un derecho equivalente al que emerge de un contrato de promesa de contratar, pero desde que no existe contrato, el mismo debería surgir de la ley.

Similar posición sustenta Carlos E. DELPIAZZO, quien expresa que "Con la resolución de adjudicación se cierra la etapa esencial del procedimiento licitatorio. Se trata de un típico acto administrativo, precontractual y separable cuyo conte-

⁸² Ídem., pág. 290.

⁸³ Es de señalar, que Carbajal, al comienzo de su trabajo, y comentando positivamente el decreto del Poder Ejecutivo de 6 de febrero de 1911, señala que, éste distingue el procedimiento licitatorio del contrato, estableciendo a la licitación como una etapa previa al vínculo contractual. Allí, parece estar de acuerdo con que la adjudicación importa aceptación de una propuesta puesto que afirma que la licitación "termina con la adjudicación que acepta una propuesta y luego la creación del vínculo bilateral por la formalización del contrato" (pág. 283; ver también, pág. 284). Sin embargo, en el desarrollo de su trabajo, según ya se señaló en las notas anteriores, se encarga de desmentir dicha afirmación a través de la rotunda aseveración de que la adjudicación lo único que hace es seleccionar la oferta más conveniente (incluso en la propia pág. 283 citada, señala que la adjudicación "indica el candidato a contratar").

⁸⁴ Merece destacarse, que al igual que lo sostenido por José Luis Echevarría (ob. cit., pág. 111) consideramos que "...surge claro de la consulta, que era preocupación principal para el citado autor que el acto de adjudicación estuviera comprendido entre los actos procesables por acción de nulidad". En tal sentido, podría considerarse, aunque no surge de sus palabras, que lo que trata de controvertir Carbajal es que la adjudicación implique sin más el perfeccionamiento del contrato.

⁸⁵ Con respecto a la unilateralidad o bilateralidad de la adjudicación se han vertido en doctrina opiniones con las cuales no estamos de acuerdo, y que es pertinente analizarlas para evitar equívocos. SAYAGUÉS LASO (La licitación... cit., pág. 40), ha dicho que: "considerada aisladamente, la decisión de adjudicación es una declaración de voluntad de la Administración. Vendría a ser pues, un acto unilateral. Sin embargo, no puede aislarse esa decisión de todo el resto del procedimiento, y especialmente, independizarla de las propuestas formuladas, una de las cuales declara aceptar. Se trata, pues, de una declaración de voluntad administrativa que cierra el vínculo jurídico con el ofertante. El pronunciamiento del particular (oferta) y el de la Administración (adjudicación) constituyen analizadas conjuntamente, un acto (más bien dicho un procedimiento) bilateral, un acto que requiere indispensablemente manifestaciones de voluntad de ambas partes. En su primer aspecto, la decisión de adjudicación puede ser analizada como un acto administrativo unilateral; en el segundo, junto con la propuesta que resultó adjudicatario, constituye un negocio bilateral". No compartimos esta opinión en lo que respecta a la valoración de la adjudicación como un negocio jurídico bilateral. En tanto consideramos, contrariamente a lo afirmado por Sayagués, que a la hora de determinar si la adjudicación tiene naturaleza unilateral o bilateral, debe separársela de lo que luego esta última, junto con la propuesta seleccionada, formarán: esto es, el contrato. En efecto, es de señalar que tanto la oferta como la decisión de adjudicación (aceptación) constituyen declaraciones de voluntad emanadas de una sola de las partes (son actos unilaterales pre-negociales), lo cual no es contradictorio con el hecho de que este proceso instaurado por estas dos expresiones de voluntad de carácter unilateral, cronológicamente contiguas, estén dirigidas a la creación de un vínculo jurídico de carácter bilateral, cual es el contrato. Pero este acto bilateral, inversamente a lo sostenido por Sayagués, no sólo puede, sino que debe ser considerado como una creación jurídica nueva y distinta de las voluntades que concurren a formarlo; y por consiguiente, con características propias y excluyentes que la distinguen de sus componentes. Por lo tanto, juzgar acerca de la unilateralidad o bilateralidad de la adjudicación (aceptación) mirando al contrato es conceptualmente incorrecto. La adjudicación no es el contrato por lo que mal podrá predicarse algo válido sobre ella si se analiza, para realizar el juicio, a esta segunda entidad jurídica. Sostener lo contrario implica examinar las distintos componentes de un relacionamiento jurídico que tiene un proceso formativo complejo, tomando en cuenta únicamente su fase conclusiva, donde se forja la vinculación bilateral que caracteriza a los contratos, habiendo pasado previamente por una instancia de encuentro de voluntades emanadas de cada parte en forma unilateral. Cabe señalar asimismo, que en el ámbito privado, donde los efectos jurídicos de la aceptación de la oferta están claramente regulados por la normativa civil (la cual es aplicable a los contratos con la Administración), la doctrina es conteste en reconocer el carácter unilateral de dicha manifestación de voluntad, así como de la oferta, reservando al contrato, lógico corolario de este intercambio de declaraciones de intención jurídica, el rasgo de bilateralidad que es su nota característica (Cfr. Gamarra, "Tratado..." cit., t. XI, págs. 101-102). En tal sentido, con las reservas que se dirán, estamos de acuerdo con Héctor GIORGI ("Las licitaciones y el contralor del Tribunal de Cuentas", en L.J.U., sección doctrina, pág. 133) cuando afirma que "La adjudicación es, en efecto, un acto administrativo unilateral, que integra el procedimiento de la licitación; que junto con la propuesta del adjudicatario, podrá constituir un negocio bilateral, pero jamás un contrato". Respecto de lo dicho por el autor, con exclusión de su afirmación en cuanto a la unilateralidad de adjudicación, no sabemos en qué momento del procedimiento se ubica Giorgi para emitir su opinión. Si se sitúa en la adjudicación no notificada podemos estar de acuerdo, no así, si se coloca en el instante luego de la notificación.

⁸⁶ Ob. cit., pág. 287.

⁸⁷ Íbidem.

nido y fin es determinar la oferta más ventajosa y conveniente para la Administración⁸⁸. Asimismo, niega enfáticamente que la adjudicación pueda asimilarse a la aceptación de una propuesta⁸⁹. En lo relacionado con el momento en que se perfecciona el contrato, afirma que cuando éste “no se documenta por escrito, la conjunción de voluntades opera cuando esa manifestación unilateral de voluntad de la Administración que es la adjudicación, una vez comunicada, es aceptada por el administrado”⁹⁰.

No compartimos esta posición. La misma conduce a convertir a la adjudicación, considerando la regulación legal del *iter* formativo del consentimiento, en propuesta de contratar, que debería ser aceptada para perfeccionar el contrato, lo que no es admisible⁹¹. Si la adjudicación es la simple determinación de la oferta más conveniente, jamás podría tener el contenido de una propuesta en la que debe existir siempre intención de obligarse.

Por último, DELPIAZZO también coincide con CARBAJAL en que la adjudicación “genera un derecho subjetivo u *suor del adjudicatario*, como situación excluyente para contratar con la Administración”⁹².

En la misma línea que DELPIAZZO, aunque con nulos desarrollos, parece inscribirse FLORES DAPKEVICIUS cuando afirma, por un lado, que la adjudicación es un acto principal precontractual y separable que cierra la etapa esencial y en virtud del cual la Administración establece cuál es la propuesta más ventajosa⁹³; y sostiene, por otro lado, que el contrato, no existiendo una disposición expresa en contrario, “se perfecciona (*nunc u lu vidu jurídica con todos sus efectos*) cuando la adjudicación es conocida formalmente y aceptada por el adjudicatario”⁹⁴. Este enfoque merece las mismas críticas que las efectuadas al anterior autor.

En resumen, las tesis planteadas son las siguientes:

La que afirma, siguiendo en general a Sayagués Laso, que la adjudicación supone la aceptación de una propuesta y que el contrato se perfecciona con la notificación de la misma⁹⁵, en adelante, también denominada: “Tesis de la adjudicación - aceptación”.

La que niega (Carbajal Victorica, Delpiazzo y Flores Dapekevicius) que la adjudicación sea la aceptación de una propuesta, sosteniendo el primero que “el perfeccionamiento del contrato tiene lugar después de la adjudicación y no por medio de ésta”⁹⁶; y los dos últimos, que el contrato se perfecciona luego que el adjudicatario acepta la adjudicación. Todos estos autores individualizan, luego de la adjudicación, un derecho subjetivo del adjudicatario a contratar con la Administración; en adelante, también denominada: “Tesis de la adjudicación - elección de propuesta más conveniente”⁹⁷.

⁸⁸ Delpiazzo, ob. cit., pág. 191.

⁸⁹ Ídem., pág. 204

⁹⁰ Ibídem.

⁹¹ En el mismo sentido se pronuncia José Luis Echevarría (ob. cit., pág. 112).

⁹² Ob. cit., pág. 193.

⁹³ Ob. cit., pág. 93 (negrita nuestra).

⁹⁴ Ídem., pág. 94 (negrita nuestra).

⁹⁵ A los fines de sistematización alistamos a Sayagués, pese a la contradicción señalada *ut-supra*, entre quienes afirman el perfeccionamiento luego de la notificación. Asimismo, obviamos considerar en la doctrina nacional, que según Rotondo y Bursztyn el perfeccionamiento operaría con la notificación más conocimiento efectivo.

⁹⁶ En ob. cit., pág. 292.

⁹⁷ En la reseña de la doctrina nacional que efectuamos sobre el punto, faltó mencionar la posición de Julio Prat (“Derecho Administrativo”, t. 3 - Los contratos y actos administrativos -, Acalí, Montevideo, 1978). Ello se debe a que la misma es, a nuestro entender, bastante confusa y contradictoria, por lo que su tratamiento, junto con el análisis de las otras opiniones, podría haber conspirado en la comprensión del tema. Es por eso que la estudiaremos ahora en la presente nota. El autor afirma que la adjudicación es un acto unilateral que cierra el procedimiento licitatorio. Y en consonancia con la tesis de la adjudicación-aceptación, reconoce en la misma un doble alcance: “a) por un lado determina cuál es la oferta más ventajosa para la Administración, cerrándose el procedimiento de selección del contratante...[por otro lado] b) declara la adjudicación, aceptada por la Administración” (ob. cit., pág. 270). No obstante, cuando trata el tema del momento en que se perfecciona el contrato, parece negar dicha afirmación. Allí, cita a SAYAGUÉS LASO, en el párrafo en el que este último autor dice que: “luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando sólo la notificación al interesado” (recuérdese que también Sayagués, contradictoriamente, sostiene que el perfeccionamiento se logra con la notificación de la adjudicación); y luego lo critica diciendo que con la adjudicación “no se concluye el contrato” (pág. 280). Hasta ahí podría considerarse coherente la postura del autor: la adjudicación es la aceptación de una propuesta, pero no concluye el contrato porque aún no se notificó. Sin embargo, luego nos dice Prat: “Tampoco podemos aceptar que con la notificación de la adjudicación el contrato quede perfeccionado...” (Ídem), en lo que parece ser una adhesión a la postura de Carbajal Victorica, a quien cita diciendo, que la adjudicación “es un procedimiento de selección del mejor candidato a contratar con el licitador” y que se separa netamente del contrato (afirma también que en ese sentido se orientaba el decreto 104/68). En este punto es donde se encuentra a nuestro criterio la contradicción. No se puede decir, como se dice, que la adjudicación es la aceptación de una propuesta y al mismo tiempo negar, con carácter general, que su notificación perfeccione el contrato (obviamente, siempre refiriéndonos a los contratos que no requieran otro requisito para su perfeccionamiento). El contrato con la Administración, como unánimemente lo reconoce la doctrina, es sólo una especie dentro del género contrato; por lo tanto se rige por los principios generales aplicables a todos los contratos. Y estos principios generales indican que el vínculo contractual se concluye cuando se forma el acuerdo de voluntades por la conjunción de propuesta y aceptación. Siendo las cosas de esta manera, sólo se podrían manejar dos proposiciones, excluyentes una de la otra: O bien se afirma que la adjudicación es una aceptación y entonces su notificación concluye el contrato (tesis de la adjudicación-aceptación); o bien se sostiene que no es una aceptación (tesis de la adjudicación-elección de propuesta más conveniente) de lo que se seguiría que su notificación no tiene la virtualidad para formar el contrato. Pero lo que no se puede hacer, porque es lógicamente incorrecto, es atribuir a la adjudicación naturaleza de aceptación, y luego, al regular sus efectos, sostener que su notificación no perfecciona el contrato. Pero las inconsecuencias no terminan todavía. Así es que Prat, luego de negar categóricamente que la notificación de la

B) Una solución de derecho positivo. Decreto 53/993: el contrato se perfecciona con la notificación al adjudicatario del acto de adjudicación

Al amparo de lo dispuesto en el art. 44 del TOCAF se dictó el decreto 53/993 de 28 de enero de 1993, el cual aprobó el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios No Personales en los Organismos Públicos. Según establece su artículo segundo el mismo *"regirá para los contratos de suministros y servicios no personales de los que se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, en todos los organismos públicos, en los casos de:*

licitaciones públicas

licitaciones abreviadas cuyos montos superen e límete establecido en el art. 44 del TOCAF".

Asimismo establece, en su artículo 17 bajo el título "PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO", lo siguiente: *"El contrato se considerará perfeccionado con la notificación al adjudicatario del acto de adjudicación, salvo que se trate de contratos solemnes o existan otras condiciones suspensivas que obstan a dicho perfeccionamiento. En todos los casos deberá haberse cumplido con lo establecido en el Art. 211, literal B, de la Constitución de la República".*

Como echa de verse, el presente decreto recoge normativamente los postulados de la tesis de la adjudicación-aceptación al disponer, como principio general, que el contrato se perfecciona cuando se notifica al oferente seleccionado el acto de adjudicación. El principio es inaplicable en el caso de contratos solemnes, pero también, agrega el artículo 17, en aquellas situaciones en las que deban verificarse condiciones distintas al cumplimiento de una forma; a estas últimas el decreto las denomina condiciones suspensivas que obstan al perfeccionamiento.

C) La Sentencia del T.C.A. N° 101 de 8 de marzo de 1999

En esta sentencia el Tribunal se pronunció a favor de la tesis de la adjudicación – aceptación.

Expresó que: *"La decisión adjudicando la licitación -afirma Sayagués Laso- tiene un doble alcance: por un lado, determina cuál es la oferta más ventajosa; y por otro, la declara aceptada. En razón de ello su notificación al licitante ganancioso perfecciona el vínculo contractual, aun cuando esté exigida la firma posterior del contrato. Es la solución de principio, que puede resultar descartada, como es lógico, por disposiciones expresas que establezcan una solución distinta (Tratado...tomo II, ed. 1959, pág. 95, No 535).*

Esto no ocurre en el caso, pues el art. 14 del P.C.P. [pliego de condiciones particulares] sobre 'Perfeccionamiento del Contrato' establece: 'Cumplidos los trámites legales y reglamentarios pertinentes, el contrato se considerará perfeccionado con la notificación al adjudicatario del acto de adjudicación, salvo casos especiales de solemnidad o condición suspensiva (fs. 00132 y 00133 A.A. cits.).

Por ende, notificada la ahora accionante de la Res. 295/95 que le adjudicó la Licitación Abreviada No 4/95, se perfeccionó el contrato ya que según el citado art. 14 del P.C.P. no se requería en el caso solemnidad alguna y no estaba sujeto el contrato a condición suspensiva.

La demostración evidente de que el vínculo contractual nace de la adjudicación notificada, y no de la aprobación del contrato (como sucede en otras legislaciones), es que la Administración no puede negarse a firmar éste. Por tanto, el otorgamiento del contrato debe analizarse como una mera documentación del vínculo contractual, aunque exigida como requisito de perfeccionamiento (SAYAGUES LASO, ob. cit. Numeral 3, nota al pie de la pág. 96)"⁹⁸.

adjudicación perfeccione el contrato, citando para ello a Carbajal Victorica y a lo dispuesto por el art. 61 decreto 104/968, afirma una página más adelante (pág. 281) que *"Para nuestro país hemos señalado que la formalización del contrato de acuerdo con el art. 61 del decreto 104/968, se opera con la notificación al licitante que ganó la licitación al serle adjudicada (sería una promesa de contratar) salvo aquellos que requieren escritura pública o que la autoridad considera conveniente hacerlo así por su carácter e importancia".* A esta altura el lector queda desconcertado, en una página, aplicándose el art. 61 del decreto 104/68, la adjudicación notificada no perfecciona el contrato y en la página siguiente, de acuerdo a la misma norma, dicha notificación sí lo hace. Tampoco podemos entender el contenido del paréntesis que inserta Prat en el medio del párrafo que transcribimos: *"(sería una promesa de contrato)".* ¿Por qué promesa de contrato?, si el autor en dicho párrafo se refiere evidentemente al contrato definitivo, el que se formalizaría con la notificación. La incorporación de dicha referencia, al pasar, y entre paréntesis, es incomprensible. Es probable que en dicha acotación, a mi juicio inexplicable, resuene el eco de aquella afirmación de Carbajal Victorica, según la cual la adjudicación es una promesa formal de contratar (ob. cit., pág. 287). Pero sucede que en el razonamiento de Carbajal, esta aserción resultaba, a lo menos, coherente.

⁹⁸ La Suprema Corte de Justicia, refiriéndose concretamente al Contrato de obra Pública, también se pliega a la tesis de la adjudicación – aceptación: *"...el vínculo contractual nace o, dicho de otra manera, el contrato se perfecciona con la resolución de adjudicación notificada al interesado [...]. Por consiguiente, es inexacto que el contrato no se hubiera perfeccionado por falta de extensión y suscripción de un documento especial conteniendo las especificaciones del negocio y diverso de las estipulaciones que surgieren del pliego de condiciones, de la oferta y de la resolución administrativa de aceptación de esta última"* (Sentencia N° 594 del 21 de agosto de 1995, cuya suma esta publicada en ADCU, t. XXVI, c. 120, pág. 55; véase también en este Anuario, c. 121, otra sentencia de la Corporación en idéntico sentido); en la misma línea, ver la Sentencia del TAC 2° N° 58 del 24 de mayo de 2000 (ADCU, t. XXXI, c. 159, págs. 84-85).

D) Nuestra posición

No nos pronunciaremos aquí acerca del efecto que produce la adjudicación (en una u otra de las tesis planteadas), antes de que el contrato se perfeccione⁹⁹. Ello se hará en el siguiente apartado, interesando aquí la determinación de si la adjudicación importa aceptación.

Compartimos la opinión de quienes sostienen que *la adjudicación es la aceptación de la propuesta del particular que resultó adjudicatario*. No obstante, no encontramos en los defensores de esta posición, la individuación de la norma de Derecho positivo que así lo consagre. Por ello, seguidamente, se tratará de encontrar esa disposición para dar respaldo normativo a la tesis que se considera acertada.

En principio, el panorama no es muy alentador por cuanto se comprueba que no existe una norma que expresamente disponga que la adjudicación equivalga a aceptación de la oferta del licitante calificado como más conveniente. No obstante, el panorama se aclara si se interpreta el art. 59 del TOCAF. Dicho artículo establece en el aspecto que nos interesa que «*La adjudicación se hará a la oferta que se considere más conveniente...*». Este giro, indica, desde un punto de vista lógico, la presencia de una doble actividad de la Administración, bien que subsumida en único acto (adjudicación). Por un lado, existe una actividad que se da en la órbita interna de la Administración que consiste en la selección de la oferta más conveniente, y que se evidencia en la siguiente frase del artículo: «*que se considere más conveniente*». Por otro lado, existe un segundo paso que lógicamente tiene lugar en forma posterior al primero y que consiste en la adjudicación («*la adjudicación se hará*») de la licitación a aquella oferta que en la etapa anterior se evaluó como más conveniente. Es evidente que la «adjudicación» tiene que ser algo distinto a la declaración (determinación) de la mayor conveniencia de la oferta, puesto que si no fuera así el artículo consagraría una disposición sin sentido alguno. Nótese que si el contenido de la adjudicación fuera simplemente la determinación de la oferta más conveniente, el art. 59, al ordenar que se efectúe la adjudicación a dicha oferta, debería leerse así: «*Se debe declarar (determinar) como más conveniente a la oferta que se considere más conveniente*». Pues bien, ese «algo distinto» a la selección de una oferta, que otorgaría sentido a la norma en estudio, no puede ser otra cosa que la aceptación de la propuesta calificada previamente como más conveniente, pues es de esta forma que se «adjudica» el contrato al oferente seleccionado. Podría sostenerse que la alusión a la consideración de la conveniencia está refiriendo al proceso interno de la Administración que la lleva a definirse y que la adjudicación sería la exteriorización de aquella voluntad que recogería el proceso interno de selección que habría realizado primariamente la Administración. Empero, si fuera así, la norma estaría ordenando que se exteriorice el proceso volitivo interno, lo cual no requiere de imposición heterónoma alguna por cuanto es lo que sucede naturalmente. Es necesario, que los sujetos (en el caso, el ordenador de gastos) expresen lo que en su subjetividad determinaron, lo que vuelve inútil cualquier norma que ordene tal comportamiento. Una norma puede preciar de tal cuando ordena algo que no deba suceder necesariamente¹⁰⁰, en caso contrario sería superflua. Cabe convocar a este respecto al genial KELSEN cuando refiriéndose al orden normativo en general –y no a una norma en particular– enseña que «*No se necesita ordenar aquello que [...] tiene que acontecer necesariamente*»¹⁰¹; de lo contrario dicha normatividad no tendría sentido alguno. Por ello, ante una interpretación de este tipo, que lleva a vaciar de contenido esta disposición u otra que le otorgue una razón de ser y de existir, debe dársele preferencia a esta última.

En síntesis, una interpretación coherente del art. 59 del TOCAF da fundamento jurídico a la tesis que sustenta que la adjudicación implica la aceptación de la propuesta seleccionada como la más conveniente. Por lo tanto, la notificación de esa aceptación perfeccionará el contrato.

E) Incidencia de la intervención del Tribunal de Cuentas en el perfeccionamiento del contrato

El artículo 211, literal B) de la Constitución establece que compete al Tribunal de Cuentas: «*Intervenir preventivamente en los gastos y los pagos, conforme a las normas reguladoras que establecerá la ley y al solo efecto de certificar su legalidad, haciendo, en su caso, las observaciones correspondientes*». Agrega la disposición que «*Si el ordenador respectivo insistiera, lo comunicará al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto. Si el Tribunal*

⁹⁹ Para Sayagués Laeo y sus seguidores, este momento se ubica en la adjudicación no notificada. En cambio, en la tesis de la *adjudicación-elección de la oferta más conveniente*, la ausencia de perfeccionamiento del contrato se mantiene aun luego de notificada la adjudicación y hasta tanto no se otorgue el contrato con la emisión de nuevas declaraciones de voluntad.

¹⁰⁰ La norma no dice que se adjudique a la oferta objetivamente más conveniente sino a la «que se considere más conveniente», lo que confirma lo expuesto respecto de este punto.

¹⁰¹ Hans Kelsen, «La teoría pura del derecho», Losada, Buenos Aires, 1946 pág. 102.

de Cuentas, a su vez, mantuviera sus observaciones, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General, o a quien haga sus veces, a sus efectos".

Conforme a esta disposición el Tribunal de Cuentas debe fiscalizar los gastos y pagos de los organismos del Estado con el objetivo de controlar su juridicidad (no el mérito, ni la oportunidad o conveniencia) antes que los mismos se realicen.

Los contratos que exigen el control del Tribunal, son aquellos que imponen a la Administración obligaciones pecuniarias. En estos, el examen deberá efectuarse, obviamente, antes del dictado del acto de adjudicación.

De acuerdo con este planteo, son diversas las situaciones que pueden presentarse. En primer lugar, se encuentra el caso en que el Tribunal de Cuentas analiza el gasto y lo certifica, caso que no presenta, como se ve, complejidad alguna. En segundo lugar nos encontramos frente a las hipótesis que podrían denominarse como patológicas, a saber, los casos en que el Tribunal de Cuentas (a) observa el gasto, o (b) no llega a pronunciarse sobre el mismo por no habersele dado intervención por parte del ordenador de gastos correspondiente.

En los casos comprendidos dentro del literal (a) *supra*, es decir, aquellos en que el Tribunal de Cuentas observa el gasto, el ordenador respectivo podrá acatar el pronunciamiento del Tribunal, desistiendo de la celebración del contrato, o insistir en la realización del gasto. En esta última situación, la adjudicación que se efectúe será plenamente válida, generándose eventualmente una responsabilidad del ordenador de gastos que se apartó del dictamen del Tribunal, si correspondiere (arts. 94, 97 y Título VI del TOCAF). En este sentido, el acto de adjudicación producirá los efectos que se verán *infra* Nos. 4 a 6, y su notificación perfeccionará válidamente al contrato de que se trate.

Por otra parte, en los casos comprendidos en el literal (b) *supra*, entendemos que las consecuencias de la no intervención del Tribunal de Cuentas serán similares a las de los casos de dictamen negativo no acatado. Existirá una responsabilidad del ordenador de gastos, pero esta situación no incidirá sobre la validez del acto de adjudicación, que el dictamen del Tribunal de Cuentas no integra, y sobre cuya validez, por ende, el referido dictamen no puede tener incidencia¹⁰².

Coadyuvando con lo anterior debemos decir que, en tanto la Administración tiene, mediante el procedimiento de la insistencia, la potestad de realizar el gasto aun frente a un dictamen adverso del Tribunal de Cuentas, no parece razonable que la ausencia de este dictamen pueda viciar de nulidad el acto de adjudicación.

En consecuencia, el contrato que se celebre a partir de dicho acto gozará de plena validez y eficacia pese a la no intervención del Tribunal de Cuentas.

Debe señalarse, en este punto, que existe una práctica relativamente habitual en el ámbito de la Administración, de dictar el acto de adjudicación sin el control previo del Tribunal de Cuentas, pero sujeto a la condición suspensiva de un posterior dictamen favorable de dicho órgano, circunstancia que suele enunciarse en los pliegos correspondientes. En este caso, la aprobación del Tribunal cobra el carácter de un requisito de eficacia, por obra exclusiva de la propia voluntad de la Administración en tal sentido, al emitir el pliego. Es de destacar que, en estos casos, y aun cuando el acto de adjudicación hubiese sido notificado, no nacen derechos para el administrado (ni, por ende, responsabilidad para la Administración) hasta tanto se cumpla la condición suspensiva a que la eficacia del acto se encuentra supeditada¹⁰³.

IV. CON LA RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN:

¿SURGE UN DERECHO SUBJETIVO?

A) Tesis de la adjudicación - aceptación

En esta tesis, la notificación del acto administrativo de adjudicación a quien resultó seleccionado, supone el perfeccionamiento del contrato por cuanto la adjudicación es la aceptación de la propuesta. Se produce, por tanto, desde la recepción de aquel acto por parte del adjudicatario, el enlace de voluntades que requiere nuestro ordenamiento para que se forme el vínculo contractual (art. 1261 inc. 1º y 1265 del Código Civil). La formación del contrato conlleva el surgimiento de sus efectos típicos, esto es,

¹⁰² Cfm. Enrique Sayagués Laso, "Tribunales de Cuentas", en Revista de Derecho Público y Privado, Año III, tomo V, págs. 396-397.

¹⁰³ Ver cfm., la Sentencia del TAC 5º T, Nº 132/87 de fecha 18 de diciembre de 1997: "Pero nada impide que la propia Administración condicione el perfeccionamiento de la adjudicación a la intervención preventiva del T.C., erigiendo a la observación en un obstáculo impeditivo de la adjudicación, que no desplegaría efecto alguno en tanto no se verifique la premencionada condición suspensiva".

la relación obligatoria (arts. 1246 y 1247 del C.C.) que en su faz pasiva se integra con un deber, y en su lado activo con un derecho subjetivo. De lo anterior se desprende que, en la posición analizada, luego de la notificación de la adjudicación, surgen los derechos y deberes propios del contrato de que se trate; consecuente con esta postura, en el momento indicado, es ocioso señalar el surgimiento de derechos subjetivos. Así lo establece el TCA en la sentencia citada en este trabajo (ver, *supra* n^o 3.3), al señalar que con la notificación del acto de adjudicación "...la oferente adjudicataria adquiere un derecho subjetivo a ejecutar el contrato respectivo" (negrita nuestra).

B) Tesis de la adjudicación – elección de la oferta más conveniente. Su desarrollo

Quienes sustentan esta tesis individualizan un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario a partir de la notificación del acto de adjudicación. Pero es de toda evidencia que los autores no refieren al derecho emergente del contrato objeto de la licitación, ya que para éstos el vínculo contractual aún no ha nacido. El derecho consistiría, en la visión de los intérpretes, en la posibilidad de exigir a la Administración la celebración del contrato, teniendo ésta última el correlativo deber de prestar su consentimiento.

En tal sentido, expresa CARBAJAL VICTORICA que con la notificación de la adjudicación "El adjudicatario [...], adquiere derechos y obligaciones especiales según los pliegos de condiciones"¹⁰⁴, y que esos derechos consisten en la posibilidad de "exigir la contratación, desde que la adjudicación es promesa formal de contratar". Continúa: "la administración, después de la notificación de la adjudicación, está obligada a contratar con el adjudicatario"¹⁰⁵.

DELPIAZZO¹⁰⁶, en un todo concordante con la opinión anterior, afirma que desde la adjudicación. "El adjudicatario tiene derecho a la celebración del contrato y ese derecho es excluyente de los demás oferentes durante el proceso licitatorio previo", y que se genera en cabeza de la Administración "el correlativo deber jurídico de contratar"¹⁰⁷.

Cabe observar que el derecho que individualizan Carbajal y Delpiazzo en cabeza del adjudicatario, tendría el mismo contenido que el emergente de un contrato de promesa de contratar, esto es, el derecho a exigir a la contraparte la celebración de un contrato: obligación de hacer.

Sin embargo, ya que no existe en el caso un contrato preliminar, el derecho esgrimido debería tener su fuente en la ley. No obstante, los autores no identifican cuál sería la norma generatriz de dicho derecho subjetivo. Esta omisión motivó la atinada crítica de ECHEVARRÍA quien concluye que: "no es posible sostener a nuestro juicio, que la adjudicación pueda crear derechos y obligaciones subjetivos sin previsión legal al respecto"¹⁰⁸. Funda su conclusión argumentando que: a) "el acto de adjudicación no encarta en ninguna de las cinco fuentes de obligaciones¹⁰⁹ que consagra el art. 1246 del Código Civil"; b) "(t)ampoco existe una Ley que dote al acto de adjudicación de tal calidad creadora de obligaciones y derechos."; c) "si todo el proceso es precontractual y la adjudicación no implica nada más que una constatación comparativa de las distintas ofertas y la determinación de la oferta más conveniente, entonces tampoco cabe alegar que dicho acto unilateral de la Administración crea derechos subjetivos sin que mismo acto ni siquiera lo exprese"; d) "para entrar en la discusión acerca de si la voluntad unilateral de la Administración puede crear un derecho subjetivo a favor del adjudicatario, sería un prerrequisito que la misma estuviera dirigida a tal fin y e) si por el contrario es un acto interno y preparatorio, entonces no sería coherente sostener que (contrariamente a su objeto: selección) crea obligaciones y derechos a terceros"¹¹⁰.

¹⁰⁴ Carbajal Victorica, ob. cit., pág. 287

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ En ob. cit., pág. 193.

¹⁰⁷ Flores Dapkevicius también atribuye este efecto a la adjudicación: "El acto de adjudicación produce los siguientes efectos:

a) Genera, de principio, el derecho subjetivo del adjudicatario, para contratar con el organismo licitante, de acuerdo a lo dispuesto por los pliegos de condiciones.

b) La Administración debe celebrar, necesariamente, el contrato con el adjudicatario. Por lo expuesto se excluyen a los demás oferentes..." (ob. cit., pág. 125)

¹⁰⁸ Ob. cit. pág. 116.

¹⁰⁹ 1. el contrato, 2. el cuasicontrato, 3. el delito, 4. el cuasidelito y 5. la ley.

¹¹⁰ *Ibidem*.

No obstante la aguda crítica de Echevarría, creemos que puede salvarse la posición del surgimiento de un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario, a partir de la adjudicación, consistente en la posibilidad de exigir a la Administración que celebre el contrato proyectado en la licitación. La salvación de dicha tesis sólo podrá lograrse si se identifican normas legales que atribuyan al acto de adjudicación la virtualidad para generar el derecho que se alega.

A esa tarea nos abocaremos a continuación.

1 Con la resolución de adjudicación surge un derecho subjetivo a la contratación

Significación de la palabra "adjudicación".

Según nuestro criterio, cualquier planteo que se realice respecto de la determinación de los efectos del acto de adjudicación, tiene que partir necesariamente de un análisis de los textos legales. Es decir, previo a efectuar cualquier pronunciamiento relativo al problema, debe indagarse si las normas no resuelven la cuestión en alguna forma.

En este sentido, se observa que no existe norma alguna que atribuya directamente a la adjudicación efectos determinados. Es por esto que la doctrina nacional no prestó mayor atención a los datos ofrecidos por el ordenamiento.

Sin embargo, estimamos que, en la constatación de la ausencia de disposición expresa que resuelva el punto, no puede quedarse el análisis de los textos legales; debiendo proseguirse la investigación para determinar si no existe en la normativa vigente alguna otra pauta que pueda ayudar a disipar el problema de una manera satisfactoria.

En esta línea, pensamos que el ordenamiento nos brinda la posibilidad de extraer del mismo una respuesta legítima al tema planteado, dicha respuesta legal resultará obligatoria para el intérprete impidiéndole exponer conclusiones que se aparten de ella.

Entendemos que la solución legal viene dada por la consideración del significado de la palabra "adjudicación", término utilizado repetidamente por el Texto Ordenado¹¹¹. Dicha consideración nos mostrará de qué manera el TOCAF legitima la tesis que postula que la adjudicación tiene el efecto de generar el derecho a celebrar el contrato en cabeza del adjudicatario. En tal sentido, si lo que tratamos de determinar es si las normas atribuyen determinados efectos a la "adjudicación", no es caprichoso indagar acerca del significado que posee el término para lograr ese objetivo.

Esta última tarea no es discrecional sino que para realizarla debemos ceñirnos a las reglas interpretativas establecidas en nuestro Derecho. Particularmente, deben estudiarse los artículos 18 y 19 del Código Civil que establecen criterios de atribución de significado diferentes dependiendo de la situación en que se encuentre el vocablo a interpretarse dentro del contexto normativo.

Se transcribirán estos artículos:

Art. 18, *"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal."*

Art. 19: *"Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso."*

Previo al análisis que se efectuará nos anticipamos a decir que la aplicación de cualquiera de las reglas referidas conducirá a asignar a la locución "adjudicación" un significado que abona la posición que sostiene que con el dictado de aquel acto administrativo la Administración asume la obligación de contratar con el adjudicatario, naciendo en cabeza de éste el derecho subjetivo correlativo.

De acuerdo al primero de los artículos citados, para otorgar significado a una expresión legal, se debe atender en primer lugar al "uso general" de la palabra cuya significación se averigua. Como señalan CAFFERA y MARIÑO, cuando las normas ordenan lo anterior, esto es, envían al uso general de las palabras, es que se debe recurrir a lo que se conoce como "definición informativa"; entendiéndose ésta como "el significado atribuido normalmente a un cierto signo (palabra, por ejemplo) en una comunidad lingüística dada"¹¹².

Estas definiciones se encuentran en general insertas en los Diccionarios¹¹³. Por ello es que nos dice Eduardo J. COUTURE que el Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española es un diccionario normativo que "fija obligatoriamente, con sentido de autoridad, la acepción de un vocablo. Si en un litigio

¹¹¹ Arts.: 52 inc. 2º, 55 inc. 1º, 57 incs. 1º y 3º, 58 incs. 1º y 4º y 59.

¹¹² Gerardo Caffera y Andrés Mariño, "Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil", en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, pág. 119.

¹¹³ Ibidem.

se planteara la duda acerca de la significación de una palabra, debería preferirse la que asignan las autoridades del idioma...¹¹⁴.

La regla anterior cede cuando el legislador atribuye a la palabra o frase interpretada un significado determinado, con independencia de otros significados que la misma palabra puede tener en el uso general. En este último caso nos encontramos ante las denominadas "definiciones estipulativas". Ellas vinculan al intérprete, quien deberá necesariamente atribuir a la palabra o frase interpretada el significado que determinó el legislador y no otro¹¹⁵.

Junto al sistema de significación anterior (esto es, el del "uso general", art. 18 C.C.), existe otro sistema igualmente vinculante que se denomina de "uso no general" y que ordena atribuir a las palabras utilizadas en lenguaje técnico el significado que les otorga la comunidad de individuos que usan dicho lenguaje especial y no el que le concede el uso general. Esta regla hermenéutica es la contenida en el art. 19 del C.C. anteriormente transcrito. Quiere decir, que se presupone que la ley se redacta utilizando el lenguaje común, general, o vulgar. No obstante, de constatarse que la ley maneja el vocablo con un lenguaje técnico correspondiente a una cierta comunidad de individuos (que profesan una "ciencia o arte" conexos con la palabra a interpretarse) deberá preferirse el significado otorgado por esta última¹¹⁶.

Expuestas las reglas interpretativas anteriores, es nuestra intención aplicarlas todas, sin excepción -pese a que el supuesto que haría aplicable una excluiría la otra-, para llegar a una conclusión que no ofrezca el mínimo margen de duda acerca del significado legal del vocablo "adjudicación". Como se verá, una vez efectuada la actividad antedicha, concluiremos que el ordenamiento jurídico da una solución respecto de la determinación de los efectos del acto de adjudicación; y que esta solución importa conferir a dicho acto la virtualidad de crear la obligación de la Administración de contratar con el adjudicatario.

Comencemos con el art. 18 del C.C.

Para ello, diremos en primer lugar, que respecto de la palabra "adjudicación" las normas no establecen ninguna "definición estipulativa". Por lo que corresponde asignar al término la significación que le concede el "uso general". Para esto debe recurrirse, según se dijo, a la definición que brinda el Diccionario de la Real Academia Española. Éste establece que, adjudicación significa, «Acción de adjudicar o adjudicarse» y adjudicar es «Declarar que alguna cosa pertenece a una persona, o conferírsele en satisfacción de algún derecho [...] Apropiarse alguien de alguna cosa». Por su parte, adjudicatario es la "Persona a quien se adjudica alguna cosa"¹¹⁷.

Fluye de lo anterior, que conforme a una atribución de significado efectuada acorde al sistema de significación del "uso general" (excluyendo la existencia de una "definición estipulativa"), el término adjudicación se vincula a la idea de otorgar, de conceder alguna cosa a un sujeto.

Veamos qué sucede si utilizamos el sistema de significación de "uso no general" previsto en el art. 19 del C.C. Este implicaba, como se recuerda, atribuir a una expresión legal el sentido que le otorgaban los técnicos que profesaban una ciencia o arte vinculados con aquella. En el caso que nos ocupa está involucrada la ciencia del derecho por lo que cabe recurrir a técnicos en derecho.

En tal sentido, Juan D. Ramírez GRONDA nos dice en su Diccionario Jurídico que, Adjudicación es el "Acto de la autoridad competente a favor de un licitador, por el que se le confiere la cosa objeto de la subasta, o el derecho a la posesión o propiedad, o las proposiciones del licitador"^{118 119}.

La anterior definición también relaciona a la adjudicación con la asignación de derechos a algún sujeto. Incluso, como se podrá apreciar, está referida a la adjudicación en los procedimientos licitatorios; y concretamente expresa que por la misma se confiere el objeto licitado.

¹¹⁴ Eduardo J. Couture, "Vocabulario Jurídico (con especial referencia al Derecho Procesal positivo vigente Uruguayo)", Bibl. de Publ. Of. de la Fac. de Der., Montevideo, 1960, págs. 18-19. Luego afirma el maestro que ello deja de ser así cuando la expresión "al tiempo y lugar de la decisión hubiera adquirido obviamente otro diferente, o que fuera distinto el sentido que le asignan, los que profesan una ciencia o arte conexos con aquél". (No consideraremos por ahora este segundo postulado puesto que forma parte de una pauta interpretativa divergente a la actualmente analizada que será estudiada más adelante).

¹¹⁵ Ver: Andrés Mariño, "Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. La Constitución del sistema de fuentes de derecho y de reglas para la interpretación de integración de las normas en el Orden Jurídico Uruguayo", en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, 2001, pág. 296; y Caffera y Mariño, ob. cit., págs. 119-120.

¹¹⁶ Cfr. Mariño, "Estudio..." cit. pág. 297.

¹¹⁷ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

¹¹⁸ Juan D. Ramírez Gronda, "Diccionario Jurídico", novena edición (Actualizado. Corregido. Aumentado.), Heliasta, Buenos Aires, 1986.

¹¹⁹ Por su parte en el Vocabulario Jurídico de COUTURE (ob. cit., pág. 20) la palabra adjudicación aparece definida como "Acción y efecto de asignar o atribuir a alguien, como el heredero o acreedor, normalmente mediante decisión judicial, un bien de su pertenencia o sobre el que tiene algún derecho". Esta definición, por estar inserta en un vocabulario enfocado predominantemente al Derecho Procesal, no comprende en su ámbito el sentido concreto que la palabra podría tener en el Derecho Administrativo. Sin embargo, no deja de ser una definición "jurídica" (realizada por un técnico en lo jurídico) por lo que presta utilidad para desentrañar la significación de "uso no general" del vocablo; específicamente su alcance jurídico. Y en este sentido, merece destacarse, que la definición manejada asocia la palabra "adjudicación" a la idea concesión o atribución de derechos.

Conforme a lo precedente, cabe decir que la utilización de un sistema de significación de "uso no general", específicamente, el sistema de significación jurídica, en la interpretación de la locución adjudicación, arroja idénticos resultados que los obtenidos al aplicar el sistema de "uso general". Esto es, la asociación de la palabra adjudicación a la idea de otorgamiento de derechos.

De acuerdo con la acepción legal de la palabra adjudicación, veamos cómo se inserta dicha significación en el contexto normativo de la licitación.

En la relación jurídica creada en la licitación (por la adjudicación) existen dos sujetos: la Administración y el adjudicatario. Dentro de estos dos sujetos, quien hace la adjudicación es la entidad administrativa y el destinatario de la misma es el particular seleccionado. Con la aplicación del contenido encontrado en la relación surgida, tenemos que por el significado de la adjudicación, la Administración le debería "conferir" algún derecho al adjudicatario.

Lo que está en juego en dicha relación es el derecho a ser parte en un contrato, por lo que se impone concluir que el acto de adjudicación le atribuye este derecho; vale decir, se confiere al adjudicatario el derecho a contratar, a exigir ser parte contractual.

Según la interpretación efectuada, la adjudicación otorga el derecho a reclamar a la Administración que contrate, pero no hace surgir el contrato, en tanto todavía no hay consentimiento por la ausencia de notificación.

Ese derecho es idéntico al que surge de un contrato preliminar, pero aquí tal derecho (a exigir un "hacer" de la Administración: el otorgamiento del contrato) surge luego de la adjudicación y por virtud de la ley.

La interpretación anterior da fundamento normativo a la posición que sostiene que luego de la adjudicación se genera el derecho a exigir la celebración del contrato y el deber correlativo de la Administración de otorgarlo. Sería la ley la que determinaría el surgimiento de ese derecho por erigir a la adjudicación en fuente del mismo.

La existencia de esta obligación¹²⁰ de la Administración tiene una trascendencia singular —creo que no apreciada en toda su magnitud—, en lo que refiere a la responsabilidad estatal por su incumplimiento.

V. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL NO OTORGAMIENTO DEL CONTRATO LUEGO DE LA ADJUDICACIÓN

A) En la posición del surgimiento del derecho subjetivo a contratar

Analizamos en el punto 2.3.1 que surgía responsabilidad contractual al producirse el incumplimiento de una obligación, cualquiera fuera su fuente.

En el caso tratado nos encontramos ante la presencia de un vínculo obligacional previo que grava a la Administración con el deber de contratar con el adjudicatario. Dicho vínculo tiene su fuente en la ley, tratándose en consecuencia de una obligación legal. Por lo tanto, la responsabilidad que recaerá sobre la Administración en caso de incumplimiento será de naturaleza contractual.

Aquí se trata de un vínculo unilateral, pues si bien la Administración está obligada a contratar con el adjudicatario, la misma obligación no existe en la esfera de este último, sin perjuicio de la responsabilidad precontractual en que incurrirá en caso de que elija no contratar luego de la adjudicación (ver nota 120).

Como señala GAMARRA¹²¹, cuando se incumple una obligación no ligada con otra por una relación sinalagmática, al acreedor se le abre la opción para reclamar judicialmente a) el cumplimiento (ejecución forzada específica; art. 1441 del C.C.) o b) la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento (ejecución forzada por equivalente; art. 1342 del C.C.)¹²²

¹²⁰ Sería justo y lógico pensar que idéntica obligación debería pesar sobre el particular luego de la adjudicación. Sin embargo, la argumentación efectuada en el texto para justificar el surgimiento de este vínculo en cabeza de la Administración no puede utilizarse para afirmar la existencia del mismo en la esfera del particular. Porque en la relación Administración-administrado, la que hace la adjudicación (con su consiguiente atribución de significado, que habilitó la interpretación realizada) es la primera. Por lo tanto, no hay fundamento normativo para postular que el adjudicatario se encuentre gravado por aquella obligación de contratar. Pero afirmar lo anterior, no implica negar la existencia de responsabilidad en caso de que el adjudicatario decida retirar su oferta luego de la adjudicación (no notificada). Éste será responsable, pero su responsabilidad será precontractual (ver, supra nº 2.3.2) y se concretará en la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta (art. 55 del TOCAF).

¹²¹ Gamarra, "Responsabilidad..." cit, pág. 42.

¹²² Se podría solicitar también la resolución del vínculo más los daños y perjuicios. Pero no se aprecia cuál sería el interés del adjudicatario en transitar este camino, en tanto éste no está gravado por ninguna obligación correlativa que quisiera extinguir (Ver al respecto: Jorge Camarra, "Tratado..." cit., tomo XVII, pág. 51-52).

Por lo tanto, si la Administración no cumpliera con su obligación de otorgar el contrato definitivo, una opción para el adjudicatario podría ser reclamar los daños y perjuicios. Pero también, y aquí está lo más interesante, podría reclamar la ejecución forzada específica de dicha obligación compeliendo judicialmente a la Administración a que otorgue el contrato. Así, podría llegar el juez, en caso de que no se acate la sentencia condenatoria, a otorgar el consentimiento para perfeccionar el contrato en sustitución de la Administración incumplidora.

Respecto de la ejecución forzada específica de esta particular obligación, se discutió antiguamente (predominantemente en las promesas de compraventa de inmuebles) si era posible. El problema tenía su origen en la disputa acerca de si dicha prestación era o no fungible: quienes consideraban que la prestación era infungible negaban la posibilidad de la ejecución forzada *in natura*; por el contrario, quienes sostenían la fungibilidad no tenían inconvenientes en admitirla. Hoy en día, el art. 398 del C.C.P. vino a resolver la antigua discusión uniformizando las posiciones de doctrina y jurisprudencia en el sentido de admitir la ejecución forzada específica de esta obligación de hacer¹²³.

Una vez admitido que la obligación de otorgar un contrato admite su ejecución forzada específica, no existe razón para excluir de esta regla a la Administración¹²⁴, cuando es sujeto pasivo de esta particular obligación.

Respecto de la posibilidad de ejecutar *in natura* obligaciones de hacer contra la Administración, Orlando LEAL DÁVILA¹²⁵ (refiriéndose específicamente a obligaciones derivadas de promesas) da cuenta de que algunos jueces sostienen que las obligaciones de la Administración son infungibles y que un magistrado no podría, sin violar el principio de separación de poderes, ejecutar una obligación de hacer del funcionario administrativo.

Compartimos con el autor citado que esa opinión es equivocada puesto que la actuación judicial en estos casos "no implica una intervención ilícita de una rama en los asuntos de la otra; cuando el funcionario jurisdiccional hace aquello que la Administración no hizo, no está efectuando un acto administrativo sino sancionándola por su incumplimiento"¹²⁶.

En definitiva, para el caso de que la Administración incumpla la obligación de emitir su consentimiento (generada, como vimos, luego de la adjudicación y por virtud de la ley) para perfeccionar el contrato, no existe obstáculo alguno que impida al adjudicatario obtener, a través de la ejecución forzada específica de la obligación incumplida, el perfeccionamiento resistido, con el consiguiente surgimiento de derechos y obligaciones inherentes al mismo. Si se licitaba una obra pública tendrá el derecho a cobrar el precio estipulado en la propuesta, y de la misma forma, surgirá en su cabeza la obligación de ejecutar la obra en los mismos términos.

Por último, cuando en el ámbito judicial se perfecciona el contrato (ya sea porque la Administración cumple voluntariamente con la sentencia condenatoria y presta su consentimiento, ya sea porque se resiste y el consentimiento lo otorga el juez), la Administración está obligada a pagar el precio emergente de aquél. Y si no lo hace, el contratante le podrá reclamar judicialmente la ganancia que le hubiera reportado el contrato: la utilidad neta naturalmente. Nótese lo trascendente de la cuestión. Ya no se tratará de reclamar los perjuicios por la no celebración del contrato (interés negativo), sino directamente la utilidad que éste hubiera generado, cifra indudablemente mayor que la primera.

Después de lo expuesto, es fácil concluir que afirmar la existencia de un derecho subjetivo al contrato, tiene una importancia superlativa en el tema desarrollado. Porque, existiendo ese derecho, poco importa si la adjudicación es o no aceptación del contrato, o si éste se perfecciona con la aceptación de la adjudicación, o si hay que emitir nuevas declaraciones de voluntad para lograr ese efecto. Desde la adjudicación, el adjudicatario, ya contará con las armas jurídicas suficientes para lograr la situación final, esto es, ser parte contractual, con independencia de la voluntad de la Administración¹²⁷.

¹²³ Ver, entre otros, Jorge Gamarra, "Tratado..." cit., t. IV, cuarta edición actualizada, FCU, 2001, págs. 219-221. También podrá consultarse la evolución doctrinaria y jurisprudencial del tema en la actualización del tomo IX del mismo Tratado. De igual modo, podrán observarse en el lugar citado comentarios sobre los alcances del art. 398 del C.G.P.

¹²⁴ Como destaca acertadamente Alicia Castro ("Ejecución de sentencias contra personas públicas estatales" en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, pág. 64) "También puede haber sentencias que condenen a entes estatales a hacer una cosa determinada, siendo aplicable lo dispuesto por el C.G.P. artículo 398, cuyo inciso 398.4 fue modificado por la Ley N° 16.699 de 25/4/95. Estas condenas pueden obtenerse no sólo en acciones de amparo, sino también en acciones ejercidas para hacer efectivo algún derecho que requiere un hacer del deudor...". Refiere la autora que, de acuerdo al art. citado del C.G.P., si se condena al Estado a otorgar un negocio jurídico que debe ser documentado en escritura pública, vencido el plazo de la intimación previa, "el tribunal otorgará de oficio la escritura pública y su fuere del caso efectuará tradición".

¹²⁵ Orlando Leal Dávila, "Promesa de contrato, opción y preferencia" - Monografías jurídicas -, Temis, Bogotá, 1991, pág. 43.

¹²⁶ Ídem, págs. 43-44.

¹²⁷ Incluso se podría llegar a sostener que el surgimiento del derecho de marras hace desaparecer la distinta connotación jurídica que atribuimos, por un lado a aquellos contratos que no requerían (por la ley o por la convención) una forma solemne para su formación, y por otro lado, a aquellos otros que no lo exigían. En el primer caso, también el adjudicatario podría llegar al perfeccionamiento por la vía de la ejecución judicial, y sin que se cumpliera voluntariamente con la solemnidad exigida. Aunque se podría replicar que en estos casos no sería admisible la ejecución forzada específica, ya que lo contrario implicaría sostener, por la vía de la intervención judicial, la forma exigida.

B) Si no se acepta el nacimiento del derecho subjetivo al contrato por vía legal:

¿existirá obligación resarcitoria para el caso de que la Administración luego de la adjudicación (no notificada) decida no contratar?

De existir: ¿cuál sería su alcance?

En respuesta a la pregunta formulada debemos decir que si no se acepta la tesis del vínculo preliminar¹²⁸, la obligación resarcitoria en caso de que la Administración decidiera no contratar luego de la adjudicación, sólo podría fundarse en la responsabilidad precontractual. El ilícito generador de responsabilidad sería el incumplimiento de la obligación de comportarse de buena fe en la etapa de las tratativas (véase, *supra*, 2.3.2). Ello, porque la Administración, habría dejado de lado, de mala fe, el relacionamiento precontractual; perjudicando de esta manera al adjudicatario, que pudo haber hecho una inversión importante en la presentación de la propuesta y su mantenimiento.

En este sentido, como ya fuera expresado, entendemos que aun antes de la adjudicación existe un derecho subjetivo de ambos sujetos futuros contratantes de exigir un comportamiento de su contraparte acorde con el principio de la buena fe en dicha etapa (y las obligaciones correlativas); principio que impone no cortar abruptamente las tratativas, cuando se dan las condiciones explicitadas *supra*, 2.3.2. Pero si ello es así ¿qué cambio se produce luego de la adjudicación?. Lo que cambia con la adjudicación es que a partir de ésta, se haría, de alguna manera, más intensa la obligación de la Administración, generándose inmediatamente responsabilidad (obligación resarcitoria) en caso de resistencia a contratar.

Esto último, por la circunstancia de que si la Administración determinó que la oferta del adjudicatario era la más conveniente, no tendrá luego justificación legítima que enerve su responsabilidad por el no perfeccionamiento del contrato. Es decir, desde el inicio del procedimiento existe la obligación de comportarse de buena fe, pero luego de la adjudicación esa obligación se especifica más, produciéndose su incumplimiento automático en caso de negativa a contratar.

En cuanto a los daños que se podrían reclamar con fundamento en este tipo de responsabilidad, es importante señalar que éstos son los típicos precontractuales: gastos incurridos en la preparación de la oferta, honorarios profesionales, etc., y no aquella ganancia referida en el apartado anterior, vinculada a la formación del contrato.

VI. COMPLEMENTO DE LA TESIS DE LA ADJUDICACIÓN – ACEPTACIÓN CON LOS DESARROLLOS REALIZADOS EN LOS APARTADOS 4.2, 4.2.1 Y 5.

A) Una tercera solución

Cuando encaramos el estudio de esta tesis, a la que adherimos sin vacilaciones, veíamos que sus seguidores sostenían que la adjudicación era la aceptación de la oferta seleccionada como más conveniente. Pero el vínculo contractual recién surgía cuando dicha aceptación le era notificada al adjudicatario, por lo que se requería a su vez, para lograr la conclusión del contrato, poner en acción una segunda voluntad de la Administración tendiente a la notificación de esa aceptación. Ello, porque se trataba de un contrato entre ausentes que requería para su perfeccionamiento, de acuerdo al sistema adoptado por el Código Civil (art. 1265), que aquella declaración de voluntad fuera recepcionada por el destinatario de la misma.

Puede ocurrir que el ordenador de gastos correspondiente dicte el acto de adjudicación y luego, a los efectos de frustrar el perfeccionamiento contractual, decida no notificar la aceptación. Allí existirá una declaración de voluntad manifestada en orden a aceptar la propuesta del adjudicatario, ya que en dicho caso la resolución de adjudicación constará en el expediente. Pero esto no basta para que se forme el contrato. Alcanzaría si nuestro ordenamiento adhiriera al sistema de la *declaración* que sólo exige para el perfeccionamiento la

¹²⁸ Lo que a su vez sólo sería procedente si se acepta lo expresado por el suscripto en cuanto a que el TOCAF atribuye a la adjudicación el efecto de crear el derecho subjetivo al contrato. Puesto que si no fuera así quedaría en pie la crítica de Echevarría (ver, *supra*, 4.2).

exteriorización de la voluntad, pero como en nuestro derecho, ya dijimos, rige el sistema de la *recepción* (que supone una segunda voluntad encaminada a emitir, notificar, el acto y una efectiva recepción del mismo), la formación del vínculo por la sola adjudicación no puede sostenerse.

No obstante el peligro de la frustración del vínculo contractual por la vía de la no notificación de la aceptación, no se encuentra en la tesis analizada ningún paliativo o remedio que corrija tal situación, puesto que no se afirma la existencia de un derecho al contrato como lo hace la tesis de adjudicación – selección de la oferta más conveniente¹²⁹, con las consecuencias que vimos en el apartado 5.1. Para superar esta falencia que aquejaría a la tesis de la adjudicación – aceptación se podría dar un paso adelante y conjugarla con lo que consideramos atendible de la otra tesis, esto es, con lo afirmado acerca del surgimiento de un derecho subjetivo a la celebración del contrato, que según nosotros, surgiría con la adjudicación y por virtud de la ley. De esta manera, llegaríamos a una tercera teoría que vinculando los elementos positivos de las dos anteriores represente un producto jurídico con un mayor grado de perfección, entendiendo como más perfecta a aquella teoría que conceda a los administrados superiores garantías.

Esta conjugación es plenamente viable desde que la inclusión del derecho subjetivo al contrato, antes de su perfeccionamiento (antes de la notificación del acto de adjudicación), no es incompatible con la tesis de la adjudicación – aceptación por no contradecir ninguno de sus postulados.

Entonces, la tercera teoría diría lo siguiente: La adjudicación supone la aceptación de la propuesta seleccionada por lo que, con su notificación, se perfecciona el contrato; pero luego de la adjudicación y antes de su notificación (antes de la conclusión del contrato) surge un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario cuyo contenido radica en poder exigir el perfeccionamiento del contrato, estando obligada la Administración a prestar su consentimiento al efecto¹³⁰. Obligación que podrá ser ejecutada forzosamente y en forma específica, lo que significa que el adjudicatario podría solicitarle al juez que, en sustitución de la Administración que se resiste a ello, emita el consentimiento necesario para el perfeccionamiento del contrato.

Por último, de no aceptarse el surgimiento del derecho subjetivo al perfeccionamiento del contrato luego de la adjudicación, siempre quedaría el recurso a la responsabilidad precontractual en los términos estudiados (véase, *supra*, 2.3.2 y 5.2).

B) Posible objeción a la interpretación anterior vinculada a que la ausencia de notificación de la adjudicación importaría la ineficacia del acto administrativo

La doctrina sostiene en general, que la eficacia de un acto administrativo está supeditada a la notificación del mismo¹³¹. Este postulado podría hacer tambalear la tercera solución propuesta ya que supone precisamente que un acto administrativo, como lo es la adjudicación, produce efectos antes de su notificación. Como vimos, este efecto era generar el derecho subjetivo del adjudicatario a contratar con la Administración, asumiendo ésta la obligación correlativa (formándose así un vínculo unilateral legal -no contractual- preliminar). Luego, la notificación de la adjudicación perfeccionaría el contrato surgiendo a partir de allí las obligaciones convencionales del caso.

Sin embargo, el planteo de la doctrina privaría de sentido y coherencia a todo el desarrollo efectuado, porque el vínculo preliminar (que daría derecho a exigir la contratación) emergería a la vida jurídica en el mismo momento en que se perfecciona el contrato. La validez de nuestro razonamiento reposa en que exista un momento, cronológicamente anterior al contrato, en el cual nazca la obligación de formar este último. Si el contrato ya se perfeccionó sería un absurdo evidente sostener que a la misma vez surge una obligación de perfeccionarlo.

¹²⁹ No es un dato menor consignar que Carbajal Victorica, sostenedor de esta tesis, entiende que para que un acto administrativo pueda surtir efectos se requiere que éste sea notificado (ob. cit., págs. 290-295). Se infiere entonces de lo anterior que si bien el autor piensa que la adjudicación hace surgir un derecho a contratar, este será éticamente luego que se notifique aquel acto. Y, siendo las cosas de esta manera, su posición en nada mejora la tesis de la adjudicación – aceptación desde que para ésta, con la notificación, ya se perfecciona el contrato (Ver, *infra* 6.1.2).

¹³⁰ Se podría señalar que en la tesis de la adjudicación – aceptación el consentimiento ya está expresado (por la exteriorización de la aceptación a través de la resolución de adjudicación que constará en el expediente), y que consecuentemente el derecho subjetivo no podría tener como contenido exigir un consentimiento que por hipótesis ya existiría. En tal sentido, podría decirse que en esta tesis el derecho subjetivo sería a exigir la notificación del consentimiento ya expresado, y no la exteriorización de éste. Sin embargo, en ambos casos, se trataría de exigir una prestación de hacer, por lo que la precisión conceptual sería correcta pero insignificante desde el punto de vista práctico.

¹³¹ Así, entre otros: Sayagués Laso, "Tratado..." cit., tomo I, págs. 488-489; García de Entrerría – Fernández, ob. cit., pág. 490; Dromi, "Manual..." cit., pág. 134.

En los párrafos que siguen trataremos de levantar esta objeción.

Empecemos por decir que no existe norma que disponga que la notificación del acto administrativo sea condición de su eficacia. En realidad, la doctrina ha extraído esa conclusión a partir de lo dispuesto en el art. 317 de la Constitución que exige la notificación o publicación de los actos administrativos como punto de partida para los plazos dentro de los cuales dichos actos pueden ser impugnados¹³². Así, Sayagués Laso afirma que dicho artículo "*da base para sostener la necesidad de la notificación o publicación [del acto] como requisito para su eficacia*"¹³³.

Entendemos que el espíritu que inspira a la Constitución, y a las normas legales y reglamentarias citadas en nota 132, es que los efectos de un acto no pueden perjudicar actualmente a un administrado o causarle un perjuicio futuro sin que el mismo tome conocimiento de aquél, ya sea para recurrirlo u adoptar otras defensas. En tal sentido, es bastante elocuente el art. 91 del dec. 500/91 cuando luego de establecer la necesidad de notificar algunas resoluciones puntuales sienta, como principio general, la obligatoriedad de notificar todas aquellas resoluciones que "*causen gravamen irreparable*".

Lo que queremos significar es que la necesidad de notificar, establecida por las normas, es un deber impuesto a la Administración para garantizar los derechos de los administrados; finalidad que resultaría frustrada si se la utiliza, precisamente, para realizar todo lo contrario, esto es, para perjudicar los derechos de quienes son sujetos activos de aquel deber.

Por eso consideramos que la ausencia de notificación impediría, en todo caso, la eficacia de aquellos actos que perjudiquen o puedan perjudicar a un administrado; pero no tornaría ineficaces a aquellos otros que lo hacen es conferir derechos u otras ventajas.

En este sentido, sostener que la falta de notificación del acto de adjudicación puede impedir que el mismo produzca sus efectos legales, los cuales son favorables para el adjudicatario, constituye la aplicación torcida de las normas a que aludimos precedentemente.

Es por ello que afirmamos que la ausencia de notificación del acto de adjudicación no quita eficacia al mismo, porque éste entra dentro de la clase de actos administrativos que otorgan ventajas o derechos a los administrados.

Esta eficacia se reflejará en el nacimiento, en cabeza del oferente seleccionado, del derecho subjetivo a exigir que la Administración contrate en los términos de la propuesta.

Con esta interpretación mantiene coherencia nuestra posición, porque el derecho a exigir la formación del contrato se ubica en una etapa anterior al perfeccionamiento del mismo (que se logra con la notificación de la adjudicación).

Efectuemos una última precisión para evitar equívocos.

No debe confundirse la trascendencia que tiene la notificación de la adjudicación en el perfeccionamiento del contrato, con la importancia de notificar para que surja el vínculo preliminar de que hablamos extensamente a lo largo de este trabajo.

En el primer caso, y esto no admite discusiones, *es imprescindible la notificación de la adjudicación (aceptación); sin ella no se perfecciona el contrato (art. 1265 C.C.)*. En cambio, en el segundo caso, está en juego la formación de un vínculo preliminar cuya fuente es la ley y no la voluntad de las partes. En esta situación no son aplicables las normas que regulan la formación de los contratos que exigen la notificación para su perfeccionamiento. Aquí el tema se regula por las normas que rigen los actos administrativos; y según concluimos precedentemente, dichas normas no requieren la notificación de la adjudicación para que ésta produzca efectos.

Para completar el análisis debe tenerse en cuenta que el Decreto 500/91 en sus artículos 101, 102 y 142 permite perfeccionar la notificación con una actividad exclusivamente del interesado, sin necesidad de esperar que la Administración se decida a hacerlo. La acción de los interesados consiste en declarar que han tomado conocimiento del acto, sin que esa declaración tenga que revestir una formalidad especial. Así, el art. 102 establece que el interesado puede darse por notificado del acto con la presentación de un simple escrito en el que autoriza a su letrado a examinar el expediente. O por la interposición de un recurso contra el acto (art. 101); o por el ejercicio de alguna otra defensa (art. 142)¹³⁴.

De modo tal que, como afirma DROMI, "*El acto administrativo no notificado por impulso de la Administración puede llegar a ser eficaz mediante la invocación de sus efectos por parte del interesado*"¹³⁵.

¹³² Dicha solución también se recoge en la ley 15.869 (art. 4) y en el Decreto 500/91 (art. 142).

¹³³ "Tratado..." cit., tomo I, pág. 488.

¹³⁴ Ver por todo: Juan P. Cajarville Peluffo, "Procedimiento Administrativo" en el Decreto 500/991, Idea, Montevideo, 1997, pág. 119.

¹³⁵ Dromi, "Manual..." cit., pág. 135.

Esto determina que¹³⁶, aun sosteniéndose que el acto de adjudicación no produce efectos hasta su notificación, estará en la potestad del adjudicatario lograr esa eficacia, por lo que la cuestión no quedará en manos de la Administración.

VII. CONCLUSIONES

1) La adjudicación es el acto administrativo que culmina el procedimiento licitatorio y que posee el doble contenido de seleccionar la propuesta más conveniente y declararla aceptada. Esta posición, que es la que recoge la doctrina mayoritaria, es respaldada por el art. 59 del TOCAF, evidenciándose ello a través del giro de dicho artículo: *"La adjudicación se hará a la oferta que se considere más conveniente..."*. Por un lado se selecciona la oferta más conveniente ("a la oferta que se considere más conveniente") y por otro lado se la acepta ("La adjudicación se hará").

2) Desde que el contrato proyectado en la licitación es un contrato entre ausentes, su perfeccionamiento se logra, no existiendo alguna norma que disponga otra cosa, con la notificación de la adjudicación (aceptación) al oferente adjudicatario (art. 1265 C.C.). No es válido sostener la inaplicabilidad de la normativa civil al respecto.

3) El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios No Personales en los Organismos Públicos (decreto 53/993 de 28 de enero de 1993) consagra la solución anterior en tanto establece en su artículo 17 que: *"El contrato se considerará perfeccionado con la notificación al adjudicatario del acto de adjudicación, salvo que se trate de contratos solemnes o existan otras condiciones suspensivas que obsten a dicho perfeccionamiento. En todos los casos deberá haberse cumplido con lo establecido en el Art. 211, literal B, de la Constitución de la República"*.

4) En lo que refiere a la intervención del Tribunal de Cuentas en el control preventivo de los gastos y pagos del Estado, cabe señalar que, en el caso de que se desoiga su dictamen por la vía de la insistencia, existirá una responsabilidad del ordenador de pagos que realizó dicha conducta, si correspondiere, pero ello no invalidará el acto de adjudicación ni, por ende, el contrato que se celebre en tales circunstancias. A iguales conclusiones debemos arribar para aquellos casos en que el dictamen no sea solicitado, en tanto el mismo no integra el acto de adjudicación.

5) Luego de la adjudicación y antes de su notificación, es decir, antes del perfeccionamiento del contrato, surge un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario que consiste en poder exigir a la Administración el perfeccionamiento del contrato. Sería un derecho subjetivo surgido de la ley por convertir ésta a la adjudicación, en fuente del mismo. Esta interpretación parte de analizar, de acuerdo con las reglas hermenéuticas establecidas por el Código Civil (arts. 18 y 19), el significado de la palabra adjudicación que maneja el TOCAF. Este significado es el de atribuir o conferir algo a alguien, y en la licitación, nosotros entendemos que esa atribución o conferimiento no puede ser sino del derecho de marras.

6) La obligación de perfeccionar el contrato -correlativa al derecho subjetivo del adjudicatario de obtener el perfeccionamiento- es una obligación de hacer que se puede ejecutar forzosamente a través del art. 398 del C.G.P. Lo técnicamente correcto es sostener que la obligación que pesa sobre la Administración (cuyo objeto es perfeccionar el contrato) es la de notificar la aceptación y no la de emitir ésta, desde que el consentimiento ya se habría manifestado con el acto de adjudicación.

7) La ausencia de notificación del acto administrativo que otorga derechos no priva a éste de eficacia. Por lo que, entrando el acto de adjudicación en esta categoría, su falta de notificación no impide el nacimiento del derecho subjetivo referido anteriormente.

¹³⁶ Dentro del ámbito de aplicación del dec. 500/991, art. 1.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, A., AMEAL, O., LÓPEZ CABANA, R. M., "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- BARBOT, W., "La Adjudicación del Contrato Administrativo", en La contratación Administrativa y su control por el Tribunal de Cuentas", FCU, 1976, p. 198.
- BREBBIA, R., "Responsabilidad precontractual", Rosario, 1957.
- BURZSTYIN MAS, S., "Principios Generales de la Licitación Pública", en La contratación Administrativa y su control por el Tribunal de Cuentas, FCU, 1976, 108.
- CAFFERA, G. y MARINO, A., "Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil", en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, p. 117.
- CAJARVILLE PELUFFO, J., "Procedimiento Administrativo en el Decreto 500/991", Idea, Montevideo, 1997.
- CARBAJAI. VICTORICA, J., Consulta evacuada al Directorio del SOYP, en la Revista de Derecho Público y Privado, tomo 41, 1958, p. 282.
- CASSAGNE, J. C., "El contrato Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CASTRO, A., "Ejecución de sentencias contra personas públicas estatales", en IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, p. 64.
- CAUMONT, A., "Enfoque privatista de la contratación administrativa", en Contratación administrativa. Curso de graduados, FCU, Montevideo, 1988, p. 195.
- COUTURE, E. J., "Vocabulario Jurídico (con especial referencia al derecho Procesal positivo vigente Uruguayo)", Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho, Montevideo, 1960.
- DELPIAZZO, C. E., "Contratación Administrativa", Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999.
- DIEZ, M., "Derecho Administrativo II", Omeba, Buenos Aires, 1965.
- DROMI, J. R., "La Licitación Pública", Astrea, Buenos Aires, 1975. "Manual de derecho administrativo", tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- ECHEVARRÍA, J., "Acerca de la Adjudicación en la Licitación Pública (Comentario a la Sentencia 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995)", en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año I, (2002), Nº 1, p.107.
- ESCOLA, H., "Tratado integral de los contratos administrativos" vol. I – Parte General –, Depalma, Buenos Aires, 1977.
- FATA, R., "Responsabilidad precontractual de la Administración", en Contratación Administrativa. Curso de graduados 1988, FCU, Montevideo, 1989, p. 33.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G., "Algunas reflexiones acerca del momento y lugar en que se constituye el consentimiento. El sistema de la recepción y el del conocimiento", en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, p. 53 .
- FERNÁNDEZ, T. R. y GARCÍA DE ENTRERRÍA, E., "Curso de derecho administrativo I", Civitas, Madrid, 1981.
- FLORES DAPKEVICIUS, R., "Algunas consideraciones sobre los contratos administrativos y la licitación pública", en La Justicia Uruguaya, tomo 125, año 2002, sección doctrina, p. 79 .
- GAMARRA, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo": tomo. XI, FCU, Montevideo, 1993; tomo XVII, segunda edición, FCU, 1992; tomo IV, cuarta edición actualizada, FCU, 2001; actualización del tomo IX (próxima aparición). "Responsabilidad Contractual I – El incumplimiento –", FCU, Montevideo, 1996.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA. E. y FERNÁNDEZ. T. R., "Curso de derecho administrativo I", Civitas, Madrid, 1981.
- GIORGI, H., "Las licitaciones y el contralor del Tribunal de Cuentas", en La Justicia Uruguaya, tomo 51, sección Doctrina, p. 131.
- GORDILLO, A., "Tratado de derecho administrativo – La defensa del usuario y del administrado –", tomo 2, cuarta edición Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2000.
- KELSEN, H., "La teoría pura del derecho", Losada, Buenos Aires, 1946.
- LEAL DÁVILA, O., "Promesa de contrato, opción y preferencia" – Monografías jurídicas –, Temis, Bogotá, 1991.
- MARAFUSCHI, M., "Perfeccionamiento del contrato administrativo", en Contratos Administrativos, cap. 16. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración.
- MARIENHOFF, M., "Tratado de derecho administrativo – Contratos Administrativos –", tomo III A, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
- MARINO, A., "Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. La Constitución del sistema de fuentes de derecho y de reglas para la interpretación de integración de las normas en el Orden Jurídico Uruguayo", en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, 2001, p. 269.
- y CAFFERA G., "Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil", en Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, t. 81, Nos. 1 al 6, Enero a Junio de 1995, p. 117. "Pliego Único de Bases y Condiciones

- Generales para los Contratos de Suministros y Servicios no Personales en los Organismos Públicos (Art. 44 el T.O.C.A.F.) Decreto 53/993*, Colección manuales burocráticos, tomo 14, Pronade, 1993.
- PRAT, J., "Derecho Administrativo – Los contratos y actos administrativos –", tomo 3, Acali, Montevideo, 1978.
- RAMÍREZ GRONDA, J., "Diccionario Jurídico", novena edición (Actualizado. Corregido. Aumentado.), Heliasta, Buenos Aires, 1986.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "Diccionario de la Lengua Española", vigésima primera edición, Madrid, 1992.
- REAL, A. R., "Licitación Pública, Adjudicación y Contrato-Vicios", en *La Justicia Uruguaya*, tomo 76, sección Doctrina, p. 75.
- ROTONDO TORNARÍA, F., "Manual de Derecho Administrativo", tomo 2, Universidad, Montevideo, (sin fecha).
- SÁNCHEZ CARNELLI, L., "Adjudicación, vicios, impugnación", en *Contratación Administrativa*. Curso de graduados 1988, FCU, Montevideo, 1989, p. 41.
- SAPOLINSKI, J., "Vicios en la contratación administrativa", en *Actualidad de la contratación administrativa*. Curso de graduados 1999, FCTI, Montevideo, 2000, p. 81.
- SAYAGUÉS LASO, E., "La licitación pública", Acali, Montevideo, 1978. "Tratado de Derecho Administrativo", tomo I, sexta edición (puesta al día a 1988 por Daniel H. Martins), Montevideo, FCU, 1991 y tomo II, quinta edición, (puesta al día a 1988 por Daniel H. Martins), Montevideo, FCU, 1991. "Tribunales de Cuentas", en *Revista de Derecho Público y Privado*, Año III, tomo V, págs. 305-327 y 386-407.
- WALINE, M., Consulta publicada en la *Revista de Derecho Público y Privado*, tomo 41, 1958, p. 296.