

NATALIA VELOSO GIRIBALDI

Universidad de Montevideo, Uruguay

natalia.veloso@delpiazzo.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5340-2906>

Recibido: 02/07/2025 – Aceptado: 09/07/2025

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**  
Veloso Giribaldi, N. (2025). Simulación del procedimiento de contratación mecanismos de defensa.  
*Revista de Derecho*, 24(47), e4711. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.11>

## Simulación del procedimiento de contratación. Mecanismos de defensa

1

**Palabras claves:** Simulación; Contratación pública; Nulidad.

## Simulation of the contracting procedure. Defense mechanisms

**Keywords:** Simulation; Public contracting; Nullity.

## Simulação do procedimento de contratação. Mecanismos de defesa

**Palavras-chave:** Simulação; Contratos públicos; Nulidade.

## I) La simulación del procedimiento de contratación

### 1. Planteo del tema

La hipótesis que nos proponemos analizar es aquella en la cual la Administración convoca a un procedimiento competitivo para contratar, pero lo hace únicamente en apariencia, sin que exista verdaderamente una competencia entre los oferentes.

Nos referimos a aquellos casos en los cuales la Administración ya sabe a quién va a adjudicar el contrato, pero simula un procedimiento competitivo a los efectos de evitar impugnaciones. Se trata de un caso distinto a aquel en donde directamente no se hace procedimiento competitivo y se va sin más a la compra directa. En este caso, el procedimiento competitivo existe, pero es simulado.

Decimos que estamos ante una simulación en tanto se produce “un acuerdo o entendimiento entre los simulantes, para producir un acto aparente, ficticio (no real)” y que esa simulación es **relativa**, en cuanto: “el negocio simulado oculta otro negocio, que es real; aquí el paralelo es con la máscara, con la disimulación. La simulación relativa tiene un velo destinado a encubrir otro negocio (negocio disimulado), que frente a los terceros debe aparecer oculto, secreto.” (Gamarra, 1992, pp. 16–17)

Pues bien, en este caso, decimos que la simulación es del procedimiento de compra, porque se simula frente a terceros un procedimiento competitivo cuando lo que en realidad existe es una compra directa. Lo que en apariencia parece ser el cumplimiento del art. 33 del TOCAF que mandata contratar mediante un procedimiento competitivo como regla general, en los hechos es una compra directa de la cual está excluida cualquier competencia.

En este sentido, la existencia de un procedimiento simulado puede apreciarse durante su trámite, pero tal vez donde más frecuentemente queda al descubierto es durante la ejecución del contrato. En efecto, puede suceder que la ejecución se realice en términos distintos a los que resultaron de la oferta ganadora sin que exista una justificación para ello. Esto es, un oferente vence a las demás ofertas con un determinado precio o plazo que resulta muy beneficioso para la Administración. No obstante, a la hora de ejecutar el contrato, se le conceden mejores condiciones que las ofertadas sin que exista una causa justificante para ello. Inclusive, en algunos casos, directamente termina ejecutando el contrato en mejores condiciones que las que ofrecieron otros oferentes que perdieron a manos de lo que únicamente en apariencia era “la oferta más conveniente”.

Dicha situación, genera importantes problemas prácticos porque, en muchos casos, para cuando se constata la simulación, los plazos para impugnar la adjudicación o bien ya están vencidos, o bien ya no tiene objeto presentar recursos pues el contrato ya se ha ejecutado. A ello se adiciona además, el hecho de que el control de la ejecución del contrato por los terceros es muy difícil por falta de información.

Sin embargo, tal como veremos, estos casos no son hipotéticos, sino que se verifican en la práctica y es por ello que se impone pensar en mecanismos de defensa que permitan resistir este tipo de situaciones al momento de su constatación.

## 2. Un caso de simulación<sup>1</sup>

El caso de la empresa que denominaremos “A” se verificó en ocasión de una Licitación Pública para la concesión de la operación de un servicio X. Dicha Licitación fue adjudicada a la empresa que denominaremos “B.”

Sin embargo, la Licitación fue adjudicada en base a una oferta cuyo contenido no se respetó ni al firmarse, ni al ejecutarse el contrato. Por el contrario, el contrato se firmó y se ejecutó en condiciones muy diferentes a las ofertadas sin que haya existido ninguna causa justificante para ello.

En efecto, conforme al Pliego de Condiciones Particulares, los oferentes debían presentar una oferta técnica para la Región 1 (Zona de mayor interés) y otra para la Región 2 (zona menos atractiva). Asimismo, también debían presentar una oferta económica para ambas regiones.

La oferta técnica, tenía en cuenta aspectos tales como los antecedentes y experiencia del oferente, su capacidad técnica, su infraestructura y equipo, la idoneidad del personal propuesto y la calidad del servicio. En ambos casos, la empresa A obtuvo el mejor puntaje en esta área.

Por otra parte, la oferta económica sería evaluada en función del plazo que cada oferente ofreciera para la concesión, ya que conforme con el Pliego, el plazo de concesión sería una variable de selección de las ofertas. Concretamente, el Pliego de Condiciones establecía que: “Para la evaluación de la oferta Económica se asignará el puntaje cien (100) a la oferta que contenga el menor plazo de concesión. Los puntajes de las demás ofertas se obtendrán por regla de proporcionalidad inversa a partir de dicho valor”.

En función de ello, las partes intentaron ofertar el menor plazo posible para cada una de las regiones, ya que -tal como estaba formulado el Pliego – de ello dependería la suerte de la Licitación. En efecto, a menor plazo ofertado, mayor beneficio para la Administración en tanto más rápido podría hacerse nuevamente del servicio. No obstante, a menor plazo ofertado, menor beneficio y mayor riesgo para los oferentes ya que las inversiones a realizar y la estructura de costos debían amortizarse en menor plazo.

Así planteadas las reglas, para la Región 1 (la más rentable) la empresa B ofertó un plazo de 4 años y 11 meses contra 8 años que ofertó A. En consecuencia, B obtuvo 100 puntos mientras que A obtuvo un puntaje de 61,5. Por su parte, para la Región 2 (la menos rentable), B ofertó un plazo de 11 años y 11 meses mientras que A, ofertó un plazo de 8 años, obteniéndose un puntaje de A de 100 puntos contra 67,1 de B.

En consecuencia, si bien A había obtenido mayor puntaje en ambas ofertas técnicas, se recomendó adjudicar la Región 1 a B ya que ésta había presentado un plazo muy menor al presentado por A y por tanto, había obtenido un puntaje de 100 puntos. Por otra parte, se recomendó adjudicar la Región 2 a B.

En ese momento, la empresa B ya advirtió a las autoridades que **no era viable desde el punto de vista económico el plazo ofertado por la empresa B** en tanto no era posible

<sup>1</sup> El caso que se relata en este apartado es real y sus hechos son reseñados exactamente como sucedieron. No obstante, en tanto se realiza la apreciación jurídica de que el procedimiento competitivo fue simulado, entendemos conveniente mantener a resguardo la identidad de la Administración licitante y de las empresas oferentes.

amortizar las inversiones que se requerían en un plazo tan corto. Asimismo, se señaló que la explotación de la Región 2 sin la Región 1 (la de mayor rentabilidad) hacía inviable la ejecución del contrato desde el punto de vista económico.

Sin embargo, dichas advertencias fueron desoídas por la Administración, razón por la cual, A se vio obligada a retirar su oferta antes de ser adjudicada únicamente por la Región 2, lo cual separado de la Región 1, significaba ejecutar todo el contrato a pérdida durante 8 años.

Sin perjuicio de ello, A presentó recursos administrativos y una posterior acción de nulidad contra el acto de adjudicación de la Región 1 señalando que dicha adjudicación era ilegítima en tanto se había adjudicado a una oferta que era **inviable** desde el punto de vista económico y que, por tanto, de ninguna forma podía considerarse la más conveniente. Nuevamente fue desoída.

Sabiendo de la imposibilidad económica de que el contrato se terminara ejecutando conforme a los términos en que se había resuelto la licitación, la empresa A decidió dar seguimiento a la ejecución del contrato. Y si bien trató en varias ocasiones de hacerse del contrato firmado entre B y el Estado, el mismo le fue denegado en varias oportunidades. Sin embargo, finalmente la empresa A logró acceder a una copia del contrato advirtiendo que la adjudicación realizada a la empresa B de la Región 1 **no fue hecha por el plazo ofertado de 4 años y 11 meses (con el que ganó la licitación), sino por un plazo de 8 años (con el que A la perdió)**. Quiere decir, que B resultó adjudicada por obtener 100 puntos por ofertar un plazo de 4 años y 11 meses, pero luego, fue adjudicada por 8 años (el mismo plazo con el que casualmente perdió A).

De inmediato, dicha circunstancia fue denunciada como **hecho nuevo** al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (donde se estaba tramitando la nulidad de la adjudicación), agregándose copia del Contrato celebrado con B en condiciones totalmente desajustadas a las previstas en el Pliego y a la Oferta de B.

Sin embargo, dicho extremo no fue considerado por la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que no ingresó al fondo del asunto en tanto entendió que la empresa A había perdido legitimación activa en la causa en tanto había retirado su oferta.

Tal como puede apreciarse, estamos frente a un caso en el cual las condiciones de contratación fueron (desde el inicio) diferentes a las ofertadas y a pesar de haberse probado fehacientemente dicho extremo, la acción de nulidad no permitió darle solución a este caso. Adviértase que no se trata de un caso en donde, luego de varios meses o años de ejecución del contrato, fue necesario renegociar las condiciones del mismo. Sino que se trata de un caso en que, desde el inicio, el contrato se firmó en condiciones completamente distintas a las que le permitieron a la empresa adjudicada ganar la licitación.

Por otra parte, si bien en este caso concreto el Tribunal decidió ingresar al fondo del asunto por un tema formal, en otros casos también podrían plantearse otras dificultades como que a la hora de fallar el contrato ya esté ejecutado o que la simulación se constate cuando la acción de nulidad ya está terminada.

Es por ello que se impone pensar en cuáles serían los medios de defensa más eficaces para aquel oferente que detecta que ha participado en un procedimiento simulado y que,

en consecuencia, ha perdido la oportunidad de contratar con el Estado a manos de otra oferta que únicamente en apariencia era “más conveniente” que la suya.

## II) Remedios frente a la simulación del procedimiento

En caso de simulación de un procedimiento competitivo de contratación con el Estado, el damnificado encuentra dos remedios principales: a) la acción de reparación para obtener una indemnización por los daños causados y b) la solicitud de declaración de nulidad absoluta de los contratos. Al desarrollo de ambas opciones se dedicarán los siguientes apartados.

### 1. Acción de reparación ante la Justicia ordinaria

La pregunta que nos haremos en este apartado es si es posible iniciar una acción reparatoria mediante la cual se solicite al Juez competente que repare los daños generados a aquel oferente que se presentó a la licitación y fue defraudado en su buena fe al participar en un procedimiento que en realidad era simulado.

El tema plantea varias dificultades que iremos analizando paso a paso a los efectos de esclarecer: a) si la simulación del procedimiento competitivo aparece falta de servicio; b) si el Juez ordinario tiene competencia para analizar la regularidad jurídica del procedimiento administrativo, el acto de adjudicación y el contrato; c) si el oferente perjudicado tiene legitimación para reclamar y en caso afirmativo, y d) qué daños estaría habilitado a reclamar. Al análisis de tales cuestiones dedicaremos los apartados siguientes.

5

#### 1.1 La simulación del procedimiento constituye “falta de servicio”

De acuerdo al art. 24 de la Constitución uruguaya: “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”.

En doctrina existe consenso acerca de que la expresión “servicio público” está usada en un sentido amplio que hace aplicable el precepto a todos los daños ocasionados por sujetos de Derecho público en el ejercicio de la función administrativa (Sayagués Laso, 2010, p. 658; Martins, s.f., p. 263; Deus, s.f., p. 35; Prat, 1978, p. 60; Korzeniak, 1971, p. 11 y ss.). En consecuencia, la responsabilidad de cualquier Administración frente al damnificado es directa, obligándola a indemnizar pecuniariamente tanto por los actos como por los hechos y omisiones que ocasionaren perjuicio.

Al respecto, existen divergencias de opinión acerca de si el criterio de imputación de dicha responsabilidad debe responder a pautas objetivas (Jiménez de Aréchaga, 1988, p. 314; Deus, s.f., p. 31 y ss.; Peirano Facio, s.f., p. 72 y ss.; Prat, 1978, p. 71; Brito, 1996, p. 129 y ss.; Cassinelli Muñoz, s.f., pp. 323–324; Risso Ferrand, 1998, p. 38 y ss.; Berro, 1992, p. 89 y ss.; Vázquez, 1995, p. 32 y ss.) o a pautas subjetivas (Martins, s.f., p. 267).

Desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva, sostienen los partidarios de esa doctrina que, la responsabilidad del Estado “no es de carácter objetivo, como se

ha enseñado, sino basada en la responsabilidad derivada directamente de la falta del servicio (por haber éste funcionado mal, tardíamente o por no haber funcionado) e indirectamente de la falta personal de sus funcionarios, ya sea por violación de una regla de derecho (ilegalidad en sentido lato) o por culpa proveniente de negligencias, errores, omisiones, retardos y desde luego, dolo y culpa grave” (Martins, s.f., p. 267). Adicionalmente se ha dicho que, “el criterio básico más adecuado para determinar cuándo surge responsabilidad de la Administración, es el de la falta de servicio. Si el servicio no funcionó, si funcionó con demora o si funcionó irregularmente, deriva responsabilidad. En el mal funcionamiento del servicio quedan comprendidos los casos de culpa personal del funcionario, porque es evidente que en tales casos el servicio no funcionó como era debido” (Sayagués Laso, 2010, pp. 660–661).

Siguiendo esta línea, la doctrina sostiene que para que se configure responsabilidad del Estado es necesario la existencia de los siguientes elementos: a) daño; b) que dicho daño haya sido causado a terceros; c) que sea consecuencia de actos o hechos imputables al Estado; d) que exista entre ambos nexo causal; e) que los daños se hayan producido en la ejecución de los servicios públicos; f) que dichos servicios estuvieran confiados a la gestión o dirección del Estado y g) que los actos o hechos sean ilícitos o deriven de la culpa o dolo del servicio o del funcionario (Martins, s.f., p. 267).

En el caso de la simulación de un procedimiento competitivo, en que la competencia es únicamente aparente pero ya existe una intención deliberada de adjudicarle a un oferente en forma directa, entendemos que se verifican todos los elementos analizados por la doctrina y la jurisprudencia para que se configure la falta de servicio.

En *primer lugar*, existe un **daño** en tanto es indudable que el oferente que se presenta de buena fe al procedimiento competitivo pierde la chance de competir y de esta forma, de obtener el contrato. En efecto, no puede decirse que de no haberse simulado el procedimiento habría obtenido el contrato, pero sí puede afirmarse que perdió la chance de competir y obtenerlo y que eso configura, tal como veremos más adelante, un daño cuantificable e indemnizable por pérdida de chance.

En *segundo lugar*, dicho daño es **causado a terceros** en tanto el oferente damnificado es ajeno al acuerdo simulatorio y comparece de buena fe pensando que lo que va a llevarse adelante es efectivamente un procedimiento competitivo para la contratación con el Estado.

En *tercer lugar*, el daño es consecuencia de **actos o hechos imputables al Estado** porque el mismo deviene, no solo de la conducta estatal durante el procedimiento competitivo y la posterior adjudicación, sino también de los hechos y conductas acaecidas durante la ejecución del contrato, que es donde muchas veces se manifiesta la intención espuria del Estado.

En *cuarto lugar*, existe **nexo causal** entre los actos o hechos imputables al Estado y el daño en cuanto la pérdida de chance del oferente de buena fe es consecuencia directa de no haber tenido la oportunidad de competir como consecuencia del acuerdo simulatorio.

En *quinto lugar*, los daños fueron producidos en la ejecución de los **servicios públicos** confiados a la gestión o dirección del Estado dado que, como ya se ha dicho, servicio público es interpretado en sentido amplio comprendiendo a todos los daños ocasionados

por sujetos de Derecho público en el ejercicio de la función administrativa (Sayagués Laso, 2010, p. 658; Martins, s.f., p. 263; Deus, s.f., p. 35; Prat, 1978, p. 60; Korzeniak, 1971, pp. 11 y ss.). En consecuencia, en tanto el Estado cuando llama a un procedimiento competitivo para contratar lo hace en ejercicio de función administrativa y para el cumplimiento de sus cometidos, no puede haber duda de que, al simular un procedimiento, el daño lo genera en ocasión de la ejecución de dichos servicios.

*En sexto lugar, los actos o hechos son ilícitos* porque contrarían lo dispuesto por el art. 33 del TOCAF conforme con el cual “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente”.

En efecto, la Administración no puede contratar de cualquier manera, sino que está mandatada a hacerlo bajo la regla general (Delpiazzo, 1999, p. 121) que establece el art. 33 del TOCAF que no es otra más que la de la Licitación u otro procedimiento competitivo.

En consecuencia, cuando se simula un procedimiento competitivo, se violenta dicha norma que obviamente tiene como finalidad que la Administración se beneficie de una competencia **real** y no de una simulada. Es por ello, que aun cuando en apariencia el procedimiento se haya llevado adelante en todas sus etapas, a los efectos del Derecho el procedimiento podrá considerarse inexistente y por tanto, violatorio del art. 33 del TOCAF.

*En séptimo lugar, la simulación del procedimiento de contratación también implica culpa o dolo* de los funcionarios actuantes que no valoran debidamente las ofertas o deliberadamente aceptan la contratación en términos diferentes a los ofertados o que permiten una ejecución apartada de lo originariamente ofertado.

En consecuencia, la existencia de un procedimiento competitivo simulado supone falta de servicio en los términos del art. 24 de la Constitución, cumpliéndose con todos los extremos requeridos por la doctrina y la jurisprudencia para la configuración de la responsabilidad civil del Estado.

## 1.2 Competencia del Juez ordinario

Habiendo despejado la existencia de falta de servicio, corresponde ahora analizar si el Juez ordinario tiene competencia para ingresar al estudio de una demanda reparatoria por violación del art. 33 del TOCAF y por ende, para analizar la legitimidad de un procedimiento competitivo, del acto administrativo de adjudicación y la posterior ejecución del contrato.

Entendemos que el punto no plantea mayores problemas cuando se trata de analizar la ejecución de un contrato administrativo, extremo para el cual nadie discute que el Juez ordinario tiene competencia. No obstante, se han manifestado divergencias en cuanto a si la competencia para analizar la validez de un procedimiento y el posterior acto de adjudicación, no es competencia exclusiva del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, compartimos la posición adoptada por la mayoría de la doctrina nacional conforme entiende que el juez ordinario tiene plena potestad para analizar

en cada caso la legitimidad de un acto administrativo<sup>2</sup>. En este sentido, con meridiana claridad SAYAGUÉS señalaba que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo “tiene competencia exclusiva para la anulación de los actos administrativos y en ese aspecto excluye absolutamente la actuación del Poder Judicial; pero no tiene competencia para juzgar a otros efectos la regularidad jurídica de los actos administrativos, en cuyo plano se mantiene la competencia del Poder Judicial” (Sayagués Laso, 2010, p. 555).

En el mismo sentido, se ha pronunciado recientemente nuestro máximo órgano jurisdiccional sosteniendo que: “la justicia ordinaria tiene competencia para examinar la legitimidad del acto administrativo”<sup>3</sup>.

Asimismo, en cuanto a la posibilidad de plantear la legalidad de una decisión administrativa por vía de acción, nuestra doctrina también se ha pronunciado sosteniendo que: “entendemos que la cuestión de la legalidad de una decisión administrativa podría plantearse por vía de acción, en algunos casos, tal como sucede cuando se reclama una reparación por los daños causados por un acto ilegítimo o cuando se pretende su desaplicación -por manifiesta ilegitimidad -mediante una acción de amparo”<sup>4</sup>.

En la misma línea, se ha sostenido que: “el Poder Judicial puede y debe analizar la legalidad de los actos administrativos en materia de reparatoria patrimonial que es el proceso que nos ocupa. Claramente el objeto del proceso de los juicios que se promueven ante el Poder Judicial y ante el TCA son diferentes, lo que el Estado no puede desconocer. Aquí se pretende responsabilizar al Estado desde el punto de vista civil, no se está pidiendo que se anulen los actos administrativos ilegítimos, sino que se pide que se repare el perjuicio económico ocasionado por un actuar ilegítimo del Estado”<sup>5</sup>.

En función de lo anterior, puede concluirse sin mayores problemas que en el marco del proceso reparatorio, el Juez ordinario tiene competencia para analizar la regularidad jurídica de lo actuado en el procedimiento competitivo, para analizar el ajuste a Derecho del acto administrativo de adjudicación y para analizar, asimismo, si la ejecución del contrato administrativo se ha apartado o no de lo ofertado y/o pactado al cabo del procedimiento de contratación.

2 Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “Competencia del Poder Judicial para Conocer de la Validez de un Acto Administrativo como Premisa del Fallo” en Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, Tomo 71, Montevideo, pág. 94; Aparicio MENDEZ - “Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo”, Montevideo, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1952, pág. 77; Héctor GIORGI - “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 83; Gabriel OHANIAN - “Juez y Acto Administrativo”, en Revista Judicatura No. 44, mayo, 2006, Montevideo, IMPO, 2006, pág. 309; Enrique SAYAGUES LASO - “Tratado de Derecho Administrativo”, F.C.U., Montevideo, 2010, 9ª Edición, Tomo II, pág. 555; Augusto DURAN MARTINEZ - “Contratos administrativos, Vicios y Juez Competente para Juzgarlos. El Caso Caravana”, en “Casos de Derecho Administrativo” Ingrausi, Montevideo, 1999, Vol. I, pág. 68; Juan Pablo CAJARVILLE - “Sobre Derecho Administrativo”, F.C.U., 2007, Tomo II, pág. 606; Daniel OCHS - “La Acción de Amparo”, FCU, Montevideo, 2001, pág. 69; Marcelo LABORDE GOÑI - “El principio de buena fe como rector del Ejercicio de la Función Pública” en Revista de Derecho Público, F.C.U., 2016, Año 25, Número 50, diciembre de 2016, pág. 67 y GUITIÉRREZ, Adrián - “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>.

3 Sentencia de la SCJ N° 180/2015 de 5 de junio de 2015.

4 Adrián GUITIÉRREZ - “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>

5 Sentencia N° 140/2017 de 27 de octubre de 2017 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno.

### 1.3 Legitimación del oferente damnificado

Otro tema que podría plantearse es si el oferente damnificado por la simulación tendría o no legitimación activa para reclamar por los daños que le generara la omisión de llamar a un verdadero procedimiento competitivo.

En efecto, cuando SAYAGUÉS analizó la posibilidad de que un tercero reclame daños y perjuicios por el incumplimiento del deber de llamar a un procedimiento competitivo (art. 33 del TOCAF), llegó a la conclusión de que los terceros no pueden “entablar una reclamación judicial de daños y perjuicios por la lesión de derechos, porque no existe violación alguna de sus derechos subjetivos: han sido afectados solamente en sus intereses, en sus perspectivas de ganar la licitación” (Sayagués Laso, 2004, p. 61).

Sin embargo, no compartimos dicha solución en tanto nadie discute que el oferente damnificado por la simulación no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicado. No obstante, a lo que sí tiene derecho es a que -en los casos en que así lo determina la ley- se convoque a un procedimiento competitivo real y no simulado para contratar con el Estado. No tiene derecho a ser adjudicado pero sí tiene derecho a tener una oportunidad real de competir por ello.

Es que, en el caso de la acción reparatoria de un oferente damnificado por un procedimiento competitivo simulado, este no reclama por la violación de un derecho a ser adjudicado, sino porque se le ha privado ilegítimamente de su derecho a competir en un procedimiento tendiente a determinar cuál era la oferta más conveniente.

En este sentido, el oferente damnificado por la simulación tiene una situación jurídica protegida que lo habilita a una reclamación patrimonial y la norma que le confiere dicha legitimación, no es otra más que el propio art. 33 del TOCAF. Ello es así en tanto el artículo 33 del TOCAF no persigue únicamente el beneficio de la Administración, sino que también supone una garantía genérica para los oferentes de poder competir en igualdad de condiciones para resultar adjudicados (Velo Giribaldi, 2018, pp. 111–134).

En respaldo de dicha afirmación, pueden traerse a colación los desarrollos realizados por la doctrina para analizar la validez del contrato al que se llega incumpliendo el requisito de convocar a Licitación. En dichos desarrollos, se analiza el fundamento mismo de la exigencia de Licitación. Así, para algunos autores la licitación sería una formalidad dispuesta en exclusivo beneficio del Estado y entonces éste sería el único legitimado para reclamar la nulidad derivada de su incumplimiento (Sayagués Laso, 2004, p. 60). Sin embargo, para otros autores, entre los que se encuentra SAYAGUÉS, el requisito de la Licitación pública está impuesto por razones de **interés público** como por ejemplo, asegurar la transparencia y honestidad en las contrataciones, por lo que “su omisión vicia totalmente el acto administrativo y apareja su nulidad, la cual puede ser declarada en cualquier momento por los propios órganos administrativos, invocada por los terceros y dar lugar a recursos contenciosos de anulación en los países donde se ha legislado sobre esa clase de acciones.” (Sayagués Laso, 2004, p. 60).

Es por ello que, cuando se violenta la exigencia establecida en el art. 33 del TOCAF, el Estado no solo actúa en contra de su propio interés, sino que, además, actúa en contra del interés público y de forma **ilícita** lesionando una situación jurídica subjetiva del oferente protegida por el ordenamiento. Esta ilicitud frente al oferente de buena fe, se

presenta tanto si se adhiere a la posición imperativista como a la valorativista sobre la noción de ilicitud (Caffera & Mantero Mauri, 2016, pp. 54 y ss.).

En consecuencia, el oferente damnificado por la simulación tiene legitimación activa para entablar una acción de reparación por el daño que le generó el no haber tenido la chance de ser adjudicado. Dicha legitimación, proviene del propio art. 33 del TOCAF que, no solo protege al Estado, sino también al oferente damnificado. Asimismo, para proteger este tipo de daño, es que nuestra doctrina y jurisprudencia admiten el reclamo por la “pérdida de chance” que protege justamente, situaciones como esta.

#### 1.4 El oferente sufre un daño consistente en la “pérdida de chance” de participar y resultar adjudicado en un verdadero procedimiento competitivo

La principal dificultad que plantea la cuestión bajo análisis es cómo cuantificar el daño consistente en la pérdida de chance de haber resultado adjudicado. Esto es, cómo hace el oferente damnificado por la simulación para demostrar que efectivamente tenía chance de ganar el procedimiento competitivo y cómo cuantifica esa chance.

Como enseña Gamarra, la pérdida de la chance consiste en la “pérdida de la probabilidad de ganar algo, normalmente la situación futura que con la pérdida de la chance deviene imposible (impidiendo definitivamente su verificación) significa una ventaja o un beneficio para el damnificado” (Gamarra, s.f., p. 115).

10



En este sentido, lo primero que hay que tener en cuenta es que “el daño resarcible consiste en la pérdida de la “chance” y no en la pérdida de la ventaja esperada o situación terminal” (Gamarra, s.f., p. 116) por lo que la reparación consistirá en una fracción de la ganancia esperada, cuantificada en función de la importancia de la chance (Gamarra, s.f., p. 118).

En este caso, es claro que el daño no es la pérdida del monto adjudicado ilícitamente, sino que el daño es la pérdida de la chance de haber podido obtener las ganancias derivadas de esa contratación.

Para ello, será necesario probar que el actor tenía una chance de resultar adjudicado. A modo de ejemplo, podría probarse que el oferente de buena fe estaba inscripto en el Registro Único de Proveedores del Estado, que giraba en el ramo contratado, que tenía capacidad de hacer frente a la demanda de productos o servicios contratados por el Estado, que tenía antecedentes de haber participado y/o resultado adjudicado en procesos competitivos similares anteriores, etc.

Por otra parte, para la determinación del valor de la chance, la doctrina ha establecido principios rectores que permiten determinar su valor. El primero de los principios reza que “la probabilidad es mayor cuando más próximo se encuentra el evento dañoso de la situación terminal de ganancia esperada” y el segundo que “cuanto mayores son las contingencias, menor es el valor de la “chance” perdida” (Gamarra, s.f., p. 120-121).

En cuanto a la forma de **liquidación de la pérdida de chance** la doctrina ha establecido que la operación está enmarcada por dos principios: 1º) la indemnización no puede consistir nunca en la totalidad de la ganancia esperada sino en una fracción de la misma y 2º) la fracción total que corresponde indemnizar se mide sobre el valor de la chance, según

el cálculo de probabilidades y circunstancias particulares del caso. Cuanto más fuerte es la probabilidad y mayores las posibilidades de éxito más cerca estará la reparación de la indemnización que hubiera correspondido otorgar en el caso hipotético de que se hubiera verificado la ventaja esperada (Gamarra, s.f., p. 121 y 123).

En estos casos, no es posible asegurar que un oferente iba a resultar adjudicado, no obstante, podrá demostrarse que, dada su estructura económica, su competitividad, etc., el mismo estaba en condiciones de ofertar un precio competitivo (Velooso Giribaldi, 2018, p. 111 y ss.).

Sin perjuicio de ello, la liquidación de la chance dependerá en gran medida del caso concreto ya que podría suceder, que únicamente se presentaran dos oferentes o como sucedió en el caso relatado anteriormente, que el contrato se haya ejecutado conforme al plazo o precio ofertado por la empresa perdidosa.

En definitiva, entendemos que el oferente damnificado por el procedimiento simulado reclamará por la pérdida de chance de haber podido competir y obtener el contrato ilegítimamente adjudicado, debiendo probar en cada caso la existencia real de dicha chance y las razones justificantes de la cuantía reclamada.

## 2. Declaración de nulidad de los contratos

El remedio de la reparación por los daños y perjuicios ocasionados por la simulación del procedimiento competitivo, hace a la indemnización económica del oferente damnificado. No obstante, también podría suceder que al damnificado no le alcance o no le sirva una indemnización, sino que además pretenda o necesite la anulación de los contratos celebrados ilegítimamente al cabo de un procedimiento competitivo simulado.

Tal como se dirá seguidamente, entendemos que el oferente damnificado por la simulación, no solo puede reclamar ante la Justicia ordinaria una reparación por los daños y perjuicios sufridos, sino que además y de forma conjunta también podría llegar a reclamar la nulidad del contrato alcanzado al cabo de una simulación.

### 2.1 El art. 33 del TOCAF es una norma prohibitiva

Lo primero que debe señalarse en materia de contrataciones administrativas es que el art. 33 le da una pauta clara a la Administración acerca de cómo debe contratar. En efecto, dicha norma establece que: “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente”.

Quiere decir, que el art. 33 establece una regla general (el procedimiento competitivo) y luego establece una serie de excepciones a esa misma regla por razones cuantitativas y cualitativas.

Sin embargo, la norma no termina allí, sino que contiene en su inciso final una disposición sumamente importante conforme a la cual dispone que: “Las contrataciones que contravengan esta disposición son nulas (artículo 8 del Código Civil)”.

Dicho inciso final es de fundamental importancia en tanto califica al artículo 33 del TOCAF como una **norma prohibitiva** y ello es así, en tanto remite de forma expresa al artículo 8 del Título Preliminar de las Leyes del Código Civil conforme con el cual: “La renuncia general de las leyes no surtirá efecto. Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario”.

Es decir, que el artículo 33 del TOCAF es calificado por la propia ley como una norma prohibitiva y ello se infiere de la remisión expresa al art. 8 del CC. Esto es, que el art. 33 del TOCAF prohíbe contratar en violación a la regla general de los procedimientos competitivos, salvo las excepciones que enumera seguidamente. Por lo que, si alguien contraviene dicho mandato, violenta una norma prohibitiva y la consecuencia, no podrá ser otra más que la dispuesta por el art. 8 en su parte final, esto es, la nulidad, que tal como veremos en los apartados siguientes, además, es absoluta.

## 2.2 La contravención del art. 33 del TOCAF apareja nulidad absoluta del contrato

La contravención del art. 33 del TOCAF apareja nulidad, en tanto así lo dice expresamente el art. 8 al que remite el propio art. 33 en su inciso final. No obstante, para saber si la nulidad que apareja dicha violación es absoluta o relativa, habrá que estar a lo que establece el resto del Código Civil.

Como cuestión preliminar, cabe señalar que no corresponde aquí trasladar la discusión acerca de si pueden ser aplicadas o no al derecho administrativo las normas sobre nulidades del Derecho Civil (Gordillo, 1999, p. XI-4; Garrido Falla, 1989, p. 415; Delpiazzo, 2021, p. 109). Ello es así en tanto el art. 33 del TOCAF remite expresamente al art. 8 de dicho cuerpo normativo y éste a su vez, como veremos seguidamente, se integra con los demás artículos de dicho Código que definen las consecuencias de violentar una norma prohibitiva. En consecuencia, cuando se trata de una violación al art. 33 del TOCAF, entendemos que no cabe discusión alguna en cuanto a que resultan aplicables las normas del Código Civil en materia de nulidad.

Por otra parte, para distinguir si en el caso del art. 8 estamos ante una nulidad absoluta o relativa es imprescindible acudir al art. 1560 del Código Civil que dispone que: “La nulidad producida por un **objeto o causa ilícita** y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen, son *nulidades absolutas*. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas *absolutamente* incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa* y da derecho a la anulación del acto o contrato” (destacado nuestro).

A su vez, para saber cuándo hay **objeto ilícito** debemos acudir al art. 1284 inc. 2 del Código Civil conforme con el cual: “*Es moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público*”.

En la misma línea, para definir cuándo hay **causa ilícita** debemos acudir al art. 1288 del mismo Código que dispone que: “La obligación y por consiguiente el contrato que se funda en una causa falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno. **La causa es ilícita**”.

cuando es prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público” (destacado nuestro).

Es por la inteligencia de dichos artículos, que un contrato que se celebra en violación de una norma prohibitiva no puede surtir ningún efecto en tanto deviene absolutamente nulo por contener un objeto y una causa ilícita. En consecuencia, cuando un contrato se celebra en violación del art. 33 del TOCAF, como norma prohibitiva que es, no puede ser calificado sino como absolutamente nulo, en función de la inteligencia del propio art. 33 inciso final y de los arts. 8, 1560, 1284 y 1288 del Código Civil.

A la misma conclusión se llega a partir del análisis del art. 1286 del Código Civil conforme con el cual: *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Oriental”*. Como bien señala CAFFERA, dicho artículo indica que: *“las normas de derecho público no pueden ser contrariadas por el objeto del contrato”* (Caffera, 2018, p. 277). Pues bien, no cabe duda alguna de que el art. 33 del TOCAF es Derecho Público, por lo que su vulneración aparejará objeto ilícito y conforme al 1560 del Código Civil, nulidad absoluta.

Sin perjuicio de todo lo anterior, alguien podría llegar a sostener que la nulidad prevista en el inciso final del art. 33 del TOCAF alcanzaría únicamente al procedimiento y al acto de adjudicación, pero no así al contrato. Sin embargo, difícilmente pueda sostenerse esto en tanto dicha norma es clara en cuanto a que lo que será nulo serán *“Las contrataciones que contravengan esta disposición”* (destacado nuestro).

Como puede apreciarse, la ley, para atribuir la consecuencia de la nulidad absoluta, no distinguió entre el procedimiento, el acto de adjudicación o el contrato, sino que dispuso un giro mucho más amplio como son *“las contrataciones”* cuyo sentido natural abarca, no solo al procedimiento y al acto de adjudicación, sino también al contrato. En consecuencia, donde no ha distinguido el legislador, no debería distinguir el intérprete quedando comprendida toda la contratación, incluyendo, el contrato.

Por otra parte, en tanto estamos hablando de la posibilidad de solicitar ante la justicia ordinaria la declaración de la nulidad absoluta del contrato que es celebrado en contravención del art. 33 del TOCAF, resulta relevante **deslindar desde ya** este tema de la vieja discusión jurídica en torno a si la declaración de nulidad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del acto de adjudicación acarrea o no la nulidad del contrato (Cajarville Peluffo, 2008, p. 117; Durán Martínez, 2015, p. 40; Delpiazzo, 2006, p. 65 y ss.). En efecto, una cosa es si puedo pedir la nulidad del contrato en Sede judicial por contravenir el art. 33 del TOCAF y otra muy distinta es si la nulidad del acto de adjudicación recaída en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo alcanza o no al contrato. **Son dos discusiones diferentes**. En efecto, nadie discute que los contratos no son procesables ante el TCA, ni tampoco estamos discutiendo si la sentencia que declara la nulidad de la adjudicación hace caer también al contrato. Lo que se analiza en este apartado es si la nulidad absoluta prevista por el inciso final del art. 33 del TOCAF alcanza o no al contrato y si la misma puede ser reclamada ante el Poder Judicial (no ante el TCA). Y entendemos que la respuesta es afirmativa en tanto dicho inciso ha resuelto la cuestión expresamente disponiendo que la contravención de dicha norma aparejará la nulidad absoluta de *“las contrataciones”*, giro que, a nuestro criterio, incluye al contrato. Por lo que el hecho de que exista una teoría doctrinaria que sostiene que la anulación por parte del TCA del acto de adjudicación no afecta al contrato, no sirve como argumento para sostener que no pueda solicitarse ante el Poder Judicial (no ante el TCA) la nulidad de los contratos con fundamento en el art. 33 inciso final del TOCAF.

Hecha esta precisión, corresponde señalar que, al aplicarse el régimen del Código Civil sobre nulidades, el contrato que es celebrado en violación al art. 33 del TOCAF será nulo absolutamente sin necesidad de impugnación o pronunciamiento judicial, que, en caso de producirse, únicamente tendrá efectos declarativos. Dicha nulidad absoluta tendrá, además, efectos erga omnes y determinará el carácter insubsanable de la misma (Gamarrá, 1974, p. 131 y ss; Peirano Facio, 1957, p. 321 y ss.).

Es por ello que, si logra probarse que el proceso licitatorio fue simulado, que no existió una competencia real o que el contrato deliberadamente terminó ejecutándose o suscribiéndose en forma completamente disímil a lo ventilado en el procedimiento competitivo sin que exista una causa justificante para ello, entonces podemos decir que se violó lo dispuesto por el art. 33 del TOCAF y que, como consecuencia, el contrato celebrado es absolutamente nulo en función de la inteligencia del art. 33 inciso final del TOCAF y los arts. 8, 1560, 1284, 1286 y 1288 del Código Civil.

Si bien la prueba de la simulación siempre es difícil, existen casos, como el que se ha comentado más adelante, en que existen recaudos probatorios contundentes que demuestran que el procedimiento competitivo únicamente se simuló y que, en consecuencia, se violó el art. 33 del TOCAF obteniéndose un contrato absolutamente nulo.

Adviértase al respecto, que dicha nulidad podría poner en un problema, no solo a la Administración, sino también al co-contratista que estaría brindando prestaciones sin contrato. Ello por no ingresar en el daño a terceros, a los cuales a modo de ejemplo, se les podría haber solicitado financiamiento o garantías, en base a un contrato inexistente.

En definitiva, puede concluirse que cuando el procedimiento de contratación es simulado y logra probarse dicho extremo, entonces habrá una contravención del art. 33 del TOCAF y la consecuencia no será otra más que la nulidad absoluta del contrato en función de lo dispuesto por los art. 33 inciso final del TOCAF y los art. 8, 1560, 1284, 1286 y 1288 del Código Civil.

### 2.3 Legitimación del oferente damnificado para reclamar la nulidad de los contratos ante la Justicia ordinaria

Corresponde preguntarnos ahora si el tercero damnificado por el contrato alcanzado en contravención del art. 33 del TOCAF tiene legitimación activa para reclamar ante la Justicia ordinaria que se declare la nulidad del mismo. La cuestión se plantea, en cuanto dicho damnificado no es parte del contrato cuya declaración de nulidad se solicita.

Para resolver dicha interrogante, toma especial interés la calificación de la nulidad como absoluta hecha en el apartado anterior, en tanto, tratándose de un contrato absolutamente nulo, podrá ser reclamada por cualquiera que tenga interés en ello.

En efecto, el art. 1561 del Código Civil dispone que: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez de oficio, cuando aparece de manifiesto; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida, asimismo, pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley, y no puede subsanarse”.

Quiere decir que, aunque el oferente damnificado sea un tercero respecto de los contratos alcanzados al cabo del procedimiento simulado, igualmente podrá solicitar

su nulidad ante la justicia ordinaria siempre y cuando invoque su interés en función de lo dispuesto por el art. 1561 del CC.

## 2.4 El problema de la prejudicialidad

Otro problema que podría plantearse es si es necesario impugnar el acto de adjudicación mediante recursos administrativos para poder acudir a la Justicia ordinaria a reclamar la declaración de la nulidad de los contratos<sup>6</sup>. Dicho de otra forma, si el hecho de no haber impugnado el acto administrativo de adjudicación mediante recursos administrativos inhibe la posibilidad de luego, presentarse ante la Justicia ordinaria a solicitar su anulación.

Sobre el particular, entendemos que la respuesta negativa se impone en tanto el haber consentido el acto administrativo de adjudicación de ninguna forma inhibe luego la competencia del Juez para apreciar la nulidad absoluta de los contratos. En efecto, el art. 1561 dice expresamente que “La nulidad absoluta **puede y debe** ser declarada por el Juez de oficio” sin condicionarla a ningún accionamiento anterior (destacado nuestro).

Por otro lado, debe advertirse que la tesis de la prejudicialidad (conforme con la cual debe impugnarse el acto administrativo para poder acudir directamente a la acción reparatoria) justamente **está pensada para un reclamo reparatorio y no para una acción de solicitud de declaración de nulidad de los contratos**. Ello es así, en tanto el art. 312, sobre el que se construye dicha posición doctrinaria, prevé una opción entre la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la acción reparatoria ante los Juzgados ordinarios con competencia en lo contencioso administrativo. Sin embargo, la solicitud de declaración de nulidad de los contratos **no es una acción de reparación**.

Es por ello, que entendemos que no podría descartarse una demanda de declaración de nulidad de contratos administrativos por no haberse recurrido el acto administrativo de adjudicación de los mismos. En efecto, dicha exigencia sería incompatible con el hecho de que muchas veces los vicios de nulidad se advierten transcurridos los plazos para interponer recursos administrativos. Lo contrario, significaría sostener que una vez firme el acto de adjudicación, el contrato ya no podría ser atacado, aunque la nulidad fuera flagrante y estuviese a la vista de todos o se hubiese presentado mucho tiempo después de vencidos los plazos para impugnar el acto de adjudicación. Rechina a cualquier operador jurídico la idea de que, constatada una nulidad absoluta en un contrato administrativo, aun cuando la misma se constate años después de la adjudicación, no exista jurisdicción alguna para poder declararla. Lo contrario, sería lisa y llanamente admitir que las nulidades advertidas durante la ejecución de los contratos administrativos están excluidas de cualquier control jurisdiccional.

6 Carlos LABAURE - “El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del artículo 312 de la Constitución”, en Revista de Derecho Público, 1998, N° 13, pág. 41 y ss. En la tesis contraria: Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional” en “Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996”, F.C.U., Montevideo, 1998; Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “Contencioso Administrativo Montevideo”, Montevideo, 2015, 2° Edición, pág. 425 y ss.; Mariella SAETTONI - “La acción reparatoria y la prejudicialidad (artículo 312 y DTyEL”, en Reforma constitucional 1997, Universidad Católica del Uruguay y Rev. U. de Derecho Constitucional y Político, serie Congresos y Conferencias, N° 16, Montevideo, 1977, pág. 177 y ss. Daniel Hugo MARTINS - “Algunos aspectos del reparatorio patrimonial” en Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996, F.C.U., Montevideo, 1998 y Cristina VÁZQUEZ - “Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por actos administrativos, introducidos en virtud de la reforma de 1997”, en La reforma constitucional de 1997, F.C.U., Montevideo, 1997.

Sin perjuicio de ello, a los efectos de salvar cualquier inconveniente y no dejar firme la voluntad administrativa, resultaría recomendable impugnar los actos administrativos de adjudicación siempre que ello sea posible.

## 2.5 Competencia para acumular la pretensión de reparación y anulación de los contratos

Podría plantearse la posibilidad de que el damnificado por el procedimiento simulado quisiese plantear una acumulación inicial objetiva de pretensiones (nulidad de el o los contratos y la reparación por daños y perjuicios). En este caso, correspondería preguntarse si los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo, cuya materia se encuentra determinada en la Ley N.º 15.881 de 26 de agosto de 1987, tendrían competencia para atender en dichos casos.

En efecto, el art. 1º de la Ley Nº 15.881 dispone que: “Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo entenderán, en primera instancia, en toda la materia contencioso-administrativa de reparación patrimonial, en que sea parte demandada una persona pública estatal. Esta materia comprende el contencioso de reparación por: a) Actos administrativos anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o respecto de los cuales el Tribunal haya reservado la acción de reparación (artículo 312 de la Constitución); b) Actos administrativos respecto de los cuales no proceda la acción anulatoria (artículo 26 del decreto ley 15.524, 9 de enero de 1984); c) Hechos u omisiones de la administración; d) Actos administrativos revocados en vía administrativa por razón de legitimidad; e) Actos legislativos y jurisdiccionales”.

Por su parte, en el art. 2 se dispone que: “En todos los demás asuntos en que sea parte demandada una persona pública estatal, regirán las disposiciones de la ley 15.750, de 24 de junio de 1985 (Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales)”.

En consecuencia, en caso de la pretensión reparatoria por la simulación del procedimiento competitivo, no cabe duda que la competencia será de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo en tanto se demandará a una persona pública estatal (La Administración que formuló el procedimiento competitivo) por las omisiones de la Administración. Asimismo, los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior salvo los de competencia especializada, tendrán, en su jurisdicción, igual competencia que los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, la duda se plantea cuando a dicha pretensión reparatoria se le suma la solicitud de declaración de nulidad de los contratos. En estos casos, corresponde preguntarse si la competencia la siguen conservando los Juzgados con competencia en lo contencioso administrativo o si dicha competencia pasa a ser de la Justicia Civil, la cual es la naturalmente competente en materia de nulidad contractual.

Al respecto, el art.120 del Código General del Proceso, especialmente el art. 120.1 numeral 1, regula la acumulación de pretensiones. Conforme a dicho artículo: “El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) Que se trate de pretensiones de igual materia competencial; si pertenecieren a fueros competenciales diversos, las pretensiones deberán ser conexas entre sí. 2) Que no sean contrarias entre sí,

salvo el caso en que se proponga una como subsidiaria de la otra. 3) Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento”.

Pues bien, en el caso de la acumulación de la reparación y la nulidad del contrato, parece claro que una materia corresponde a la Justicia contenciosa administrativa y la otra, a la Justicia civil. En efecto, la nulidad de los contratos corresponde a la materia civil mientras que la reparatoria a los contenciosos administrativos. Por lo que, para poder acumular ambas pretensiones, no será suficiente con la conexión subjetiva, sino que además habrá que acreditar la existencia de una conexión objetiva o causal.

Asimismo, en cuanto a la posibilidad de demandar en una u otra sede se entiende que dicho aspecto **queda a criterio del actor** quien podrá elegir entre una y otra. Así lo ha dispuesto la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia N° 267/2018 de 28 de febrero de 2018 al sostener que: “Sostuvo la Corte en anteriores pronunciamientos (Sentencia No. 506/2010) que: “(...) ‘en supuestos en que la acumulación inicial de pretensiones reúna los requisitos del art. 120, es dable al actor optar por la presentación de la demanda en una u otra sede, provocando con este acto procesal la competencia de la escogida’ (cf. Tarigo, E.: Lecciones, T. 1, pág. 388). Al respecto expresaba Teitelbaum: ‘Tal sería el caso de la acumulación de dos pretensiones de diversa materia como sería la civil y la contencioso administrativa, acumulables ante la sede que elija el actor’ (‘La acumulación de pretensiones y el dilema del art. 120.1 C.G.P.’, en R.U.D.P. 1/94, pág. 46). Igual fenómeno se produce en sede de competencia por razón de territorio y en determinados casos cuando son varios los demandados y tienen el domicilio en lugares diferentes (art. 24 L.O.T.)... (Sent. No. 77/02 del 27/5/02, LJU, T. 127, año 2003, c-14.556). (...) La acumulación de pretensiones de diversa materia, habilita a quien las incoa a optar por el tribunal competente en virtud de lo edictado por el principio dispositivo y lo preceptuado por el propio art. 120: ‘El demandante podrá acumular’”.

Por **último**, si bien ello no modifica la opción competencial, debe señalarse que en la pretensión de nulidad del contrato es imperativo demandar tanto al Estado como al cocontratante, pues conforman un litisconsorcio pasivo necesario. En efecto, el contrato no puede ser declarado nulo para un parte y no para otra.

### III) CONCLUSIONES

En función de lo anteriormente expuesto puede arribarse a las siguientes conclusiones:

- a) decimos que el procedimiento competitivo es simulado cuando el mismo es llevado adelante únicamente en apariencia, pero lo que en realidad existe es una contratación directa;
- b) si bien la existencia de un procedimiento simulado puede apreciarse durante su trámite, donde más frecuentemente queda al descubierto es durante la ejecución del contrato cuando ésta se realiza en términos distintos a los que resultaron de la oferta ganadora sin que exista una justificación para ello;
- c) en estos casos, la posibilidad de acudir al tribunal de lo contencioso administrativo a reclamar la nulidad del acto de adjudicación, no parece ser la solución más eficaz en tanto puede suceder que, a la hora de advertir la simulación, ya haya vencido el

plazo para solicitar su nulidad, por lo que se impone pensar en otros remedios como pueden ser la reparación o la solicitud de declaración de nulidad de los contratos;

- d) en caso de acudir a la reparación, entendemos que la existencia de un procedimiento competitivo simulado: a) configura falta de servicio en los términos del art. 24 de la Constitución, b) el Juez ordinario tiene competencia para analizar la regularidad jurídica de lo actuado en el procedimiento competitivo, para analizar el ajuste a Derecho del acto administrativo de adjudicación y para analizar, asimismo, si la ejecución del contrato administrativo se ha apartado o no de lo ofertado y/o pactado al cabo del procedimiento de contratación; y c) que el oferente damnificado por la simulación tiene legitimación activa para entablar una acción de reparación por el daño que le generó el no haber tenido la chance de competir y resultar adjudicado;
- e) en caso de solicitar la anulación de los contratos, debe tenerse presente que el art. 33 del TOCAF es calificado por su inciso final como una norma prohibitiva (por la expresa remisión que el mismo hace al art. 8 del Código Civil) por lo que, cuando el procedimiento de contratación es simulado y logra probarse dicho extremo, entonces habrá una contravención del art. 33 del TOCAF y la consecuencia no será otra más que la nulidad absoluta del contrato en función de lo dispuesto por la inteligencia de los art. 33 inciso final del TOCAF y los art. 8, 1560, 1284, 1286 y 1288 del Código Civil;
- f) el oferente damnificado tiene legitimación activa para reclamar la nulidad de los contratos alcanzados al cabo del procedimiento simulado, aunque sea un tercero respecto de los mismos, siempre y cuando invoque su interés en función de lo dispuesto por el art. 1561 del CC;
- g) el no haber recurrido el acto administrativo de adjudicación no impide solicitar la declaración de la nulidad de los contratos ante la Sede judicial en tanto, la tesis de la prejudicialidad, está pensada para la opción entre la acción de nulidad y el procedimiento reparatorio, no siendo la declaración de nulidad de los contratos un proceso de reparación patrimonial;
- h) es posible acumular la pretensión reparatoria y la solicitud de declaración de nulidad de los contratos siempre y cuando se acredite la conexión objetiva o causal del caso concreto. En estos casos, podrá optarse por los Juzgados con competencia en reparación patrimonial o por los Civiles, debiéndose demandar no solo al Estado sino también al cocontratante pues conforman un litisconsorcio pasivo necesario.

## Referencias bibliográficas

- Berro, G. (1992). Responsabilidad objetiva del Estado. *Revista de Derecho Público*, (2).
- Brito, M. R. (1996). Responsabilidad extracontractual del Estado - administrativa, legislativa y jurisdiccional. En *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*.
- Caffera, G., & Mantero Mauri, E. (2016). *Protección extracontractual del crédito* (2ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.

- Caffera, G. (2018). *Obligaciones* (1ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville Peluffo, J. P. (2008). *Recursos administrativos* (4ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville, J. P. (2007). *Sobre Derecho Administrativo* (Tomo II). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cassinelli Muñoz, H. (s.f.). Competencia del Poder Judicial para conocer de la validez de un acto administrativo como premisa del fallo. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 71.
- Cassinelli Muñoz, H. (s.f.). Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo. *La Justicia Uruguaya*, Tomo CV.
- Cassinelli Muñoz, H. (1998). La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional. En *Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C. (2006). Eficacia aplicativa de los principios generales de derecho en la contratación administrativa. *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo XIII-XII.
- Delpiazzo, C. (1999). *Contratación administrativa*. Universidad de Montevideo.
- Delpiazzo, C. (2021). Nulidades contractuales en el derecho público uruguayo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (25). Universidad Externado de Colombia.
- Deus, S. (s.f.). Responsabilidad civil del Estado. *La Justicia Uruguaya*, Tomo XCIV.
- Durán Martínez, A. (1999). Contratos administrativos, vicios y juez competente para juzgarlos: El caso Caravana. En *Casos de Derecho Administrativo* (Vol. I). Ingrausi.
- Durán Martínez, A. (2015). *Contencioso administrativo* (2ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (1992). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* (3ª ed., Tomo XII). Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (s.f.). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* (Tomo XXIV, Vol. 6, Parte VII, p. 115). Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (1974). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* (Tomo XVI). Fundación de Cultura Universitaria.
- Garrido Falla, F. (1989). *Tratado de Derecho Administrativo* (11ª ed., Tomo I). Tecnos.
- Giorgi, H. (1958). *El Contencioso Administrativo de Anulación*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República.
- Gordillo, A. (1999). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., Tomo 3). Fundación de Derecho Administrativo.
- Gutiérrez, A. (s.f.). Potestades de juez sobre el acto administrativo. Recuperado de <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>
- Jiménez de Aréchaga, J. (1988). *La Constitución del Uruguay de 1952* (Tomo II).
- Korzeniak, J. (1971). *Curso de Derecho Constitucional 2º* (Vol. 2).

- Laboure, C. (1998). El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del artículo 312 de la Constitución. *Revista de Derecho Público*, (13).
- Laborde Goñi, M. (2016). El principio de buena fe como rector del ejercicio de la función pública. *Revista de Derecho Público*, 25(50).
- Martins, D. H. (1998). Algunos aspectos del reparatorio patrimonial. En *Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Martins, D. H. (s.f.). La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya. *Revista de Derecho Público y Privado*, 30.
- Méndez, A. (1952). Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo. Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado.
- Ochs, D. (2001). *La acción de amparo*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Ohanian, G. (2006). Juez y acto administrativo. *Revista Judicatura*, (44), Montevideo, IMPO.
- Peirano Facio, J. (s.f.). Responsabilidad del Estado. *Anales del Foro*, 2(109–120).
- Peirano Facio, J. (1957). *Curso de obligaciones* (Tomo VI).
- Prat, J. (1978). *Derecho Administrativo* (Tomo 4, Vol. 2).
- Risso Ferrand, M. (1998). *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional* (2ª ed.).
- Saettone, M. (1977). La acción reparatoria y la prejudicialidad (artículo 312 y DTyEL). En *Reforma constitucional 1997*, Universidad Católica del Uruguay y Revista Universidad de Derecho Constitucional y Político, serie Congresos y Conferencias, (16).
- Sayagués Laso, E. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo* (9ª ed., Tomo II). Fundación de Cultura Universitaria.
- Sayagués Laso, E. (s.f.). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo I). Fundación de Cultura Universitaria.
- Sayagués Laso, E. (2004). *La licitación pública*. Banco de Fomento.
- Vázquez, C. (1995). Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista. *Revista de Derecho Público*, (7).
- Vázquez, C. (1997). Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por actos administrativos, introducidos en virtud de la reforma de 1997. En *La reforma constitucional de 1997*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Veloso Giribaldi, N. (2018). Responsabilidad del Estado frente a un potencial oferente por contratar directamente cuando debió llamar a un procedimiento competitivo. *Revista de la Universidad de Montevideo*, (34).

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto,
8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy