

Título: El contrato administrativo

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY1999-E, 1372

Cita: TR LALEY AR/DOC/15593/2001

La figura del contrato administrativo ocupa sin lugar a dudas un lugar destacado en los estudios del derecho administrativo; al análisis de la misma Cassagne le ha dedicado una serie innumerable de estudios siguiendo como criterio rector el mantenimiento del equilibrio entre las prerrogativas de poder público y las garantías instituidas en protección de los intereses privados. Asimismo señala el autor "no puede desconocerse que la figura ha ido evolucionando, en forma paulatina, tanto a través de la recepción de nuevos principios y técnicas como de la interpretación que emerge de la doctrina y de las decisiones jurisprudenciales".

De lo expuesto, podemos advertir que el contrato administrativo lejos de haber quedado estancado en el tiempo, su examen requiere una nueva visión producto de esa evolución que el autor recorre en las páginas, de ésta, su nueva obra, otorgándole vitalidad y vigencia a esta figura.

La estructura del texto que seguidamente comentaré es la siguiente: Capítulo I, Los contratos de la Administración y la figura del contrato administrativo; Capítulo II, Los procedimientos de selección del contratista estatal y la adjudicación del contrato; Capítulo III, Los efectos del contrato administrativo, sus elementos y el régimen de ejecución contractual; Capítulo IV, La extinción de los contratos administrativos; Capítulo V, Cuestiones inherentes a la contratación administrativa en el ámbito del servicio público; Capítulo VI, La participación pública en el control de los servicios públicos; Capítulo VII, Impugnación administrativa y judicial de los actos relativos a la celebración, ejecución, modificación y extinción de los contratos de la Administración; Capítulo VIII, El rechazo de la figura del contrato administrativo.

A mi juicio, me parece de relevancia el criterio comparativo y a la vez crítico que esgrime el autor a los efectos de poner de resalto las notas peculiares del contrato administrativo, entre las que cabe destacar la satisfacción de un interés público de realización inmediata y directa. En el mismo sentido, el referido autor opone objeciones al criterio del sujeto, de la jurisdicción y de la forma del contrato que pretendían simplificar la característica del contrato administrativo sobre la base de entender que estamos en presencia de contrato administrativo cuando una de las partes es la Administración, o bien en el caso de controversia dirimía tal cuestión la jurisdicción contencioso administrativa, o en su defecto el criterio de la forma, propio de la antigua doctrina española. Sobre este último aspecto Cassagne destaca que "cuando la Administración celebra un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, pueden ser de aplicación también los requisitos formales del derecho público, sin perjuicio de la mayor o menor aplicación del principio de la libertad formal, cuando la elección de la forma fuera discrecional para la Administración Pública".

Posteriormente se realiza una clasificación de los contratos administrativos, entendiendo que existen contratos de atribución y colaboración; según su tipicidad y nominados e innominados. En el contrato de colaboración su nota particular es la prestación que el particular debe al Estado, es decir la transformación del contratista privado en un colaborador de la función administrativa. En lo que respecta a la tipicidad de los contratos, el autor destaca que tanto la tipicidad como la atipicidad del contrato administrativo pueden darse en forma total o parcial conectándose la trascendencia de esta calificación con la manera en que se introduce la analogía para resolver una situación no prevista contractualmente.

En lo que respecta a los contratos interadministrativos, también en este punto se ponen de relieve sus notas diferenciales, a saber: a) excepción al requisito de la licitación pública en el proceso de selección; b) inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales; c) un particular sistema de solución de conflictos; d) no rige el principio de la estabilidad del acto administrativo cuando las entidades se hallan en una misma esfera nacional o provincial.

En lo que concierne a los contratos de la Administración regidos parcialmente por el derecho privado, su nota peculiar es un régimen jurídico exorbitante de derecho común no procediendo la ejecutoriedad, la aplicación y ejecución de multas en sede administrativa, la sustitución directa del contratista.

A juicio del autor, diferenciar los contratos administrativos y los contratos privados genera una serie de consecuencias, así en cuanto a la interpretación el interés público juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación. Por otra parte la excepción de incumplimiento difiere del criterio establecido para los contratos regidos por el derecho civil, habida cuenta de la finalidad pública que persigue el contrato administrativo, distinto a la voluntad de las partes del contrato de derecho privado. Asimismo, la Administración goza de poderes para modificar los contratos administrativos.

Por otra parte, el autor advierte acerca de la orientación que ha tomado la Corte hacia una concepción restrictiva que combina el elemento orgánico con el finalista o sustantivo.

En cuanto al principio de concurrencia que debe regir la contratación administrativa el autor encuentra el fundamento del mismo en el principio de igualdad que proclaman los arts. 16 y 75 inc. 23 de la Constitución, y en el art. 42 de la Carta Magna, que establece el deber del Estado de proveer "a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados".

En lo que respecta al pliego de bases y condiciones, se estima que el mismo tiene naturaleza reglamentaria, en cuanto se refiere a las etapas previas a la adjudicación ya que garantizan la publicidad, la competencia o puja entre los oferentes y su vinculación con los principios de igualdad y del debido proceso adjetivo sin entrar al análisis de la integración de las cláusulas del pliego en el contrato administrativo.

Me interesa destacar la posición del autor respecto del concepto jurídico indeterminado "oferta más conveniente" que ha generado serias discusiones. En este sentido el mencionado jurista pone de manifiesto que: "Es cierto que si la Administración tuviera la posibilidad de determinar a priori la idoneidad moral, técnica y financiera de cada oferente la selección sería más automática y objetiva, realizándose la adjudicación por el criterio del precio más conveniente. Sin embargo, en la práctica, los sistemas de registro de proveedores o constructores no han funcionado eficazmente y han sufrido los efectos de la anquilosis constitucional que viene aquejando a las organizaciones burocráticas. Por ese motivo, y además porque puede haber otros elementos objetivos de comparación" esto torna necesario que se establezca en el pliego de bases y condiciones generales el sistema y el procedimiento que regirá para la adjudicación de la oferta, tanto en garantía del principio de concurrencia como del de igualdad.

De lo expuesto por Cassagne, puede uno percatarse que el concepto oferta más conveniente no es un concepto rígido ligado únicamente al precio más bajo, como usualmente se cree, responde a un criterio valorativo donde han de tener preponderancia no sólo el precio sino otras circunstancias, que habrán de determinar en cada caso concreto cuál es la oferta más conveniente, y eso es lo que señala con acierto el mencionado jurista.

En lo que respecta al mantenimiento de la ecuación económico financiera en el contrato administrativo, el autor se remonta a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés para encontrar en ésta la primera manifestación. En dicho pronunciamiento se estableció en 1910, que: "...deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hállese también implícita, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige...". Luego de ello, encuentra el fundamento de tal postura en la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales, dado que el contratista es un colaborador de la actividad concreta que cumple la Administración cuya finalidad superior tiende al bien común y se encuentra por sobre las previsiones contractuales, tal como ocurre con aquellos contratos vinculados con la prestación de un servicio público (continuidad, regularidad y obligatoriedad, por ejemplo). Asimismo, otro de los aspectos que tienden al mantenimiento de la referida ecuación, encuentran su fundamento en una compensación por el ejercicio de la potestas variandi; el hecho del príncipe; la teoría de la imprevisión y la revisión de precios ex lege.

En lo que concierne a la extinción de los contratos administrativos, ha llamado singularmente mi atención lo relativo a la extinción por razones de interés público y el rescate. En primer lugar, el autor establece un límite a la posibilidad de extinguir un contrato por razones de interés público, así expresa que: "...el interés público en que se fundamenta la extinción del contrato por razones de interés público debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, no pudiendo consistir en un mero cambio de criterio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades". En otro orden de ideas, el rescate no implica la supresión del servicio público sino la reasunción de la gestión parte de la Administración; básicamente el rescate puede ostentar dos modalidades, la legal y la contractual. Lo novedoso de este estudio, es que el autor señala que el rescate guarda una profunda analogía con la figura de la expropiación por utilidad pública. Esta analogía conduce a exigir cuando estamos en presencia del rescate de una ley formal, salvo que aquél se hubiera pactado en el contrato.

Asimismo se esboza una solución en lo relativo al rescate. En este punto el autor asume con valentía dos soluciones, cual es lo concerniente a los bienes afectados a la concesión y lo relativo al alcance de la indemnización. En primer lugar, ante el silencio de la ley o del contrato, los bienes le corresponden al concesionario de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En cuanto al alcance de la indemnización, el autor se coloca en aquella postura que propicia la indemnización integral, apoyando su tesis en la doctrina y jurisprudencia francesa.

Para concluir, la obra de Cassagne reafirma el criterio por medio del cual es necesario mantener la existencia de la figura del contrato administrativo. Así, con palabras señeras el autor expresa con cita de Ariño Ortiz: "mantener la figura del contrato administrativo es jurídicamente lo progresivo...y la experiencia histórica y

comparada demuestra que es mucho peor y mucho más indefensa, la condición del contratista en los países del common law", es que el rechazo de esta categoría fundamental de la contratación pública argentina implicaría tirar por la borda una concepción arraigada en la jurisprudencia nacional y provincial que, aun con sus imperfecciones y errores, evoluciona permanentemente en el marco de nuestro Estado de Derecho.