
SENTENCIA N° 594

MINISTRO REDACTOR DR. JORGE MARABOTTO LUGARO

Montevideo, veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: «Peirano, Alfredo C/ Intendencia Municipal de Salto. Daños y Perjuicios. Casación», Ficha No. 621/93; venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia No. 173/93, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 8° Turno.

RESULTANDO:

- 1°) *Que por la referida decisión, se revocó la sentencia apelada y, en su lugar, se desestimó la demanda, sin especial condenación (fs. 213 y ss). A su vez, el pronunciamiento de primer grado, emanado del Juzgado de Primera Instancia de Salto de 5° turno, había acogido la demanda y, en su mérito, condenó a la Intendencia Municipal de Salto a indemnizar al actor, la suma de N\$ 38.691.485 (nuevos pesos treinta y ocho*

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

I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza jurídica del acto de adjudicación con que finaliza el procedimiento de la licitación pública ha sido objeto de diversas concepciones, constituyendo un punto que presenta rasgos de una alta opinabilidad. Esta opinabilidad ha llevado a que distintos autores sostener posiciones divergentes en cuanto a la naturaleza jurídica del acto de adjudicación.

La posición que se adopte sobre la naturaleza jurídica del acto de adjudicación tiene diversas consecuencias jurídicas respecto al vínculo que nace a partir de dicho acto entre el adjudicatario y el Estado, y, en consecuencia, también respecto de la responsabilidad que puede originar el incumplimiento o la ruptura de dicho vínculo.

La sentencia N° 594 del 21 de agosto de 1995 de la Suprema Corte de Justicia que se comenta, se inclina en favor de la posición que sostiene que la notificación del acto administrativo de adjudicación importa la aceptación de la oferta y por lo tanto el nacimiento de un nuevo vínculo contractual. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia adhiere a lo sostenido en nuestro País por el Profesor Enrique Sayagués Iaso.

millones seiscientos noventa y un mil cuatrocientos ochenta y cinco) -en la actualidad \$ 38.691,49- debidamente reajustada de acuerdo a la ley No. 14.500, desde la fecha de la demanda más los intereses legales. Las costas y costos en el orden causado (fs. 184 y ss.).

2°) Que contra la misma, se agravió la parte actora, interponiendo el recurso de casación, oportunidad en la que expresó, en síntesis:

El recurso se funda en la infracción o errónea aplicación de los arts. 1291, 1342 y 138 del Código Civil, 72, 211 lit. b y 332 de la Constitución, 215, 218 y 222 del Código General del Proceso y de los Pliegos de Condiciones Generales y Particulares del llamado licitatorio.

Según el recurrente la sentencia impugnada incurre en una serie de contradicciones: por un lado, afirma categóricamente que el tema en debate es dilucidar si existió o no responsabilidad contractual, resultando innecesarias todas las consideraciones y conclusiones de la sentencia de primera instancia referentes a presunta responsabilidad extracontractual o precontractual; y, por el otro, se sostiene que no se llegó a perfeccionar el contrato, pese a que las partes habían llegado a un acuerdo de voluntades sobre las bases propuestas por la empresa adjudicataria. Además, a los efectos de establecer el tema en debate se basa en un pronunciamiento recaído en estos mismos autos -dictado por la misma Sala con distinta integración-, en el que se manifiesta expresamente que celebró un contrato con la Intendencia demandada, en el que se habrían acordado las condiciones de las obras proyectadas.

Por tanto, se desconoce la cosa juzgada derivada de dicho pronunciamiento definitivo (art. 222). Véase que el fallo, confirmatorio de la desestimatoria de primer grado, reconoce como fundamento la

Tesis a que adhiere la Suprema Corte de Justicia: La adjudicación determina la selección y aceptación de la oferta.

La sentencia que se comenta adhiere a la tesis según la cual la licitación es un proceso de contratación y la adjudicación (su último acto) implica tanto una selección del contratante así como la aceptación de su propuesta.

Esa posición implica que una vez que la adjudicación se notifica se perfecciona un contrato entre el Estado y el adjudicatario.

En el caso resuelto por dicha sentencia, esta posición determinó la indemnización del adjudicatario por responsabilidad contractual por la decisión de la Intendencia Municipal de Salto de dejar sin efecto el contrato.

El fundamento de lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia se encuentra en que la oferta del particular es una propuesta y la adjudicación es la aceptación de la misma, lo que de acuerdo a las normas del Código Civil crea una regla a la que las partes deben sujetarse como a la Ley misma (artículo 1291 del Código Civil).

De dicho contrato nacen las obligaciones y derechos propios del contrato a cargo de las partes a partir de ese momento. Si la obligación del particular consistiera en una prestación de dar, podría ser ejecutada in natura por el Estado, si ello fuera más conveniente que obtener la rescisión y los daños y perjuicios.

Basta imaginarse el caso en que un adjudicatario se resista a cumplir una obligación de dar que no fuera sustituible (un objeto único, una obra de arte, un objeto con valor histórico) para advertir que esta opción en cabeza del Estado se vuelve de enorme importancia. Pero aún sin llegar a bienes únicos o insustituibles, si hubiera por ejemplo un sólo oferente cuya oferta sea conveniente en una licitación y que se resista a dar algo que tiene en su patrimonio, el Estado no se vería obligado a volver a licitar o logra ejecutar in natura la obligación.

Otra consecuencia directa de adoptar esta posición tiene relación con la responsabilidad emergente de la violación de las obligaciones emergentes de la oferta y la adjudicación, la que tiene, según esta doctrina, naturaleza contractual.

Tesis de la elección precontractual sin aceptación de la oferta.

Si por el contrario se adopta la posición según la cual la licitación es un proceso de simple selección precontractual y por ende que naturaleza jurídica de la adjudicación consiste solamente en un acto precontractual de selección de un futuro y eventual contratante, las consecuencias son muy diferentes.

No surge vínculo contractual debiéndose determinar si el oferente que resulta adjudicatario puede adquirir (no habiendo contrato) un derecho subjetivo a contratar, o si por el contrario, solamente mantiene la situación jurídica de interés legítimo que constituye la situación jurídica del resto de los oferentes.

De todas formas, y sea cual fuere la solución a la cuestión anterior, la resistencia del adjudicatario a cumplir con lo ofertado no

existencia de un contrato entre el actor y el ente demandado, punto que ya ha sido discutido y resuelto (fs. 171 y ss.).

Por otra parte, se agravia de que se haya entendido que la intervención a cargo del Tribunal de Cuentas, constituía una condición, a la que quedaba sujeto el perfeccionamiento del contrato. A su criterio, no deja de llamar la atención que se califique de condición el cumplimiento de la Constitución y de la ley, por parte de la demandada.

Parece claro que la intervención preventiva del Tribunal de Cuentas, dispuesta por la Constitución, mal puede encajar en el concepto legal de condición, suceso futuro e incierto, del cual se hace depender la fuerza jurídica de una obligación. Y en el caso, aunque el gasto fuera observado por el Tribunal, la Intendencia rechazó la observación e insistió en el gasto, lo cual dio lugar a un nuevo examen del asunto por parte de aquél, que no impedía a la Administración proceder a su realización.

Por último, alega que aunque se descartara la existencia de responsabilidad contractual en el caso, igualmente procedería la condena en base a la responsabilidad precontractual, que se derivaría del hecho de haber dejado sin efecto la licitación.

Pidió se casara la sentencia recurrida, confirmando en su lugar la decisión de primera instancia, con tributos y costos (fs. 216 y ss.).

3°) *Que la contraparte, no evacuó el traslado que le fuera conferido, concediéndose el recurso interpuesto (fs. 231).*

podría dar lugar a ejecución forzada aún que la prestación consistiera en dar, dado que no habría nacido la obligación contractual.

La responsabilidad emergente de la violación del vínculo no podría ser calificada de responsabilidad contractual sino que debería ser calificada de precontractual.

Pero además de todas las consecuencias anotadas, quedaría por determinar cuál es el momento en que surge el contrato, o sea cuál es el momento en que se produce el consentimiento. En el caso de los contratos solemnes ello no plantearía problemas porque en todo caso para que el contrato sea válido se requiere de su formulación de acuerdo a la solemnidad. El problema se plantea en los contratos consensuales, porque en éstos, muchas veces no hay una instancia de redacción escrita de cláusulas contractuales (compra de víveres frescos y otros suministros etc.)

En este sentido, hay que ubicar cuál es la declaración de voluntad del Estado que invita a contratar y cual es la aceptación de contratar. Para que el sistema fuera coherente, habría que sostener que el oferente es libre de contratar o no luego de la adjudicación porque aún no hay consentimiento.

Algunos autores, como Carbajal Victorica, sostienen que la adjudicación notificada es promesa formal de contratación (Juan José CARBAJAL VICTORICA Consulta, en Revista Uruguaya de Derecho Público y Privado tomo 41, páginas 282 y siguientes).

Pero para que haya una promesa de contratar, debe de haber una intención común y coherente de ambos contratantes en tal sentido. Es decir, se debe haber ofrecido eso por el oferente en su oferta y aceptado eso por el Estado en la adjudicación, de otra forma, la promesa es una ficción.

Si nos atenemos a la realidad jurídica, observamos que en las ofertas y en las adjudicaciones no hay referencia alguna a promesas de contratar. Si no existe tal promesa, ni tampoco contrato, entonces no hay obligación alguna de contratar, como se verá más adelante.

A la luz de esa inexistencia de obligación de contratar que surge de esta posición - que no se comparte -, habría que analizar si el consentimiento prestado por el adjudicatario frente al caso muy usual de "intimación a firmar el contrato", no es un consentimiento viciado por la amenaza de aplicación ilegítima de consecuencias desfavorables al mismo.

II. DIVERGENCIAS EN CUANTO AL CONCEPTO DE ADJUDICACIÓN

El análisis del acto de adjudicación nos enfrenta con el hecho de que no existe un concepto unánime de la misma, sino que por el contrario, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a dicho concepto.

Se puede afirmar que, una vez analizadas las distintas posiciones, se descubre que autores que coinciden en la misma corriente,

4°) *Que elevados los autos, se oyó al Sr. Fiscal de Corte, quien en fundado dictamen, aconsejó que procede la casación del fallo recurrido (f. 246 y ss.).*

5°) *Que se acordó sentencia en forma legal (fs. 255).*

CONSIDERANDO:

I) Que se anulará el fallo impugnado.

Ello porque, sin duda, el recurrente tiene razón en su crítica al mismo, habida cuenta de que en la solución a la que se arribara, existe «...infracción o errónea aplicación de la norma de derecho...» (Código General del Proceso, art. 270, inc. 1°). Circunstancia que permite la casación de la decisión de la segunda instancia de mérito, a fin de sustituirla por aquella que se estima conforme al derecho objetivo que regula la cuestión debatida.

Y a los efectos de una correcta dilucidación de los agravios alegados y que motivan la sucumbencia del impugnante, corresponde partir de los hechos tenidos por probados por el Tribunal Civil actuante. Surge de la misma y del pronunciamiento del grado anterior, a la que se remite tácitamente- cuanto sigue:

- a) *Con fecha 27 de octubre de 1985 la Intendencia Municipal de Salto, llamó a licitación pública para el estudio, proyecto y construcción de dos calzadas de hormigón armado en el referido departamento (Expediente agregado, fs. 1);*
- b) *El día 20 de abril de 1987, la empresa del actor -Alfredo Peirano- resultó ser la adjudicataria de la*

fundamentan sus adhesiones en argumentos que a veces son contradictorios, lo que hace aún más complejo el panorama doctrinario.

En el siguiente capítulo, se hará una referencia a las posiciones de autores cuyas posiciones difieren en cuanto al concepto de adjudicación, y también en cuanto al significado y efecto jurídico del mismo.

III. PANORAMA DOCTRINARIO

3.1. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO

El citado autor (al que se adhiere la sentencia que se comenta) define el concepto de adjudicación en la siguiente forma: "La decisión de adjudicación es el acto de voluntad de la Administración, determinando cuál de las propuestas presentadas es la más ventajosa, y aceptándola a la vez, con lo cual el vínculo jurídico queda perfeccionado" (Enrique SAYAGUÉS LASO "Licitación Pública" editorial Acali, Montevideo, 1978 página 103).

Prosigue el citado autor en su tesis: "La decisión de adjudicación tiene pues un doble aspecto: en primer término y como consecuencia del estudio detenido que se ha hecho de las distintas propuestas recibidas, se elige la que más ventajas reporta a la Administración; en segundo lugar, pero simultáneamente, se declara aceptada dicha propuesta, cerrándose así el negocio" (Enrique SAYAGUÉS LASO op. cit. página 103).

Es decir que, según este autor, con la adjudicación notificada se cierra el consentimiento entre las partes, dando lugar al nacimiento de un contrato entre las mismas.

3.2. ALBERTO RAMÓN REAL

El citado autor define la adjudicación de la siguiente manera: "Es el acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa. Con esto se integra el acuerdo de voluntades. Luego viene la notificación y en su caso la documentación del contrato por escrito" (Alberto Ramón REAL "Licitación Pública, Adjudicación y Contrato - Vicios", publicado en La Justicia Uruguaya N° 76 sección doctrina página 81).

Más adelante afirma: "Solo con la adjudicación notificada surge el derecho subjetivo a exigir la formalización del contrato" (Alberto Ramón REAL ob.cit página 81).

Este autor sostiene por un lado que la adjudicación implica la aceptación de la oferta, lo que podría ser interpretado como una adhesión a la tesis de Sayagués. Pero a diferencia de dicho autor, Real sostiene que nace un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario que no atribuye al perfeccionamiento del contrato. Más adelante se analizará la viabilidad jurídica de la existencia de dicho derecho subjetivo si se sostiene (como lo hace el autor) la inexistencia de un contrato con la notificación de la adjudicación.

- licitación. La misma suponía una inversión de N\$ 19.869.948.00 (nuevos pesos diecinueve millones, ochocientos sesenta y nueve mil novecientos cuarenta y ocho) -en la actualidad \$ 19.869,95- y estaba «condicionada» al «...visto y registro del Tribunal de Cuentas de la República» (Exp. cit., fs. 68);
- c) El Tribunal de Cuentas, en función de que no se dio cumplimiento a lo dispuesto por el art. 34 de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera y a que el rubro de imputación carece de disponibilidad, resolvió «Observar el gasto y devolver las actuaciones a su lugar de origen» (Exp. cit., fs. 71);
- d) La demandada, con fecha 27 de julio de ese mismo año, reiteró el gasto observado. Lo hizo en función de las razones que expuso in extenso (Exp. cit., fs. 78);
- e) Dado que la Intendencia de Salto -ordenador del gasto- lo reiteró, con fecha 4 de agosto comunicó su decisión a la Junta Departamental y el día 11 de ese mismo mes y año, hizo lo propio con el Tribunal de Cuentas (Exp. cit., fs. 79).
- f) El Tribunal de Cuentas, mantuvo su decisión y dio cuenta, por ello, a la Junta Departamental y dispuso oficiar a la Intendencia, «...en los términos de la presente resolución» (Exp. cit., fs. 84) Dicha comunicación fue recibida por el ente descentralizado territorialmente, el día 23 de setiembre y, se dispuso la reserva de las actuaciones (fs. 84 vto. y 87);
- g) Como la solución técnica, a su vez, había sido observada por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, se dispuso la confección de nuevos planos y que se solicitara «...nuevo presupuesto a la Empresa Alfredo Peirano Construcciones», ahora, para la construcción de sendos puentes en Paso de las Piedras y del Arroyo Arerungua y en Paso Corral de Piedras sobre Arroyo Sopas (Exp. cit., fs. 88 y ss. y 103); Lo que importa un total de N\$ 56.889.330.00 (nuevos pesos cincuenta y seis millones, ochocientos ochenta y nueve mil trescientos treinta) -actualmente, \$ 56.889,33-;

3.3 CARBAJAL VICTORICA

El citado autor, en consulta evacuada al Directorio del SOYP, sostiene que la licitación pública es un procedimiento previo al contrato que termina con la adjudicación que acepta una propuesta y luego la creación del contrato ocurre con su formalización (Juan José CARRAJAL VICTORICA Consulta, en Revista Uruguaya de Derecho Público y Privado tomo 41, páginas 282 y siguientes).

En este caso, también se advierte que el autor expresa que por la adjudicación se acepta la oferta. Pero más adelante en su exposición, se inclina por la posición de que con la adjudicación nace un derecho subjetivo a la contratación, por el nacimiento de un contrato de promesa de contratar.

No se comparte dicha posición porque para que exista promesa de contratar, tal voluntad debe ser inequívoca y coherente entre ambas partes, puesto que de no ser así, dicha promesa sería solamente una ficción.

Al fundamentar su posición, establece que las normas en los pliegos determinan la constitución de la garantía de fiel cumplimiento de contrato previo a la celebración formal del contrato. Este mismo argumento se vuelve en contra de su tesis, dado que la garantía de cumplimiento, como tal, debe ser accesoria a otra obligación. Cabe preguntarse cómo puede ser accesoria a una obligación contractual que no existe. La conclusión ineludible es que la obligación contractual existe de acuerdo a la propia mecánica establecida en los pliegos de condiciones. Por otra parte, este sistema que existía en los pliegos de la época, hoy tiene consagración legal y está contenida en el TOCAF.

Sin perjuicio del fundamento de su posición, 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 ese sentido expresa: "...Ese modo de encarar la licitación y el acto de adjudicación, es el único de acuerdo con la lógica jurídica y la doctrina más recibida sobre los procedimientos y los actos administrativos, y además representa abrir el camino en vez de cerrarlo, para la garantía del hoy vigente, contencioso administrativo de anulación, - donde sólo se puede examinar regularidad jurídica de los actos unilaterales definitivos de la administración pública".

3.4 CARLOS E. DELPIAZZO

El Profesor Carlos Delpiazzo, refiriéndose a la adjudicación establece: "Se trata de un típico acto administrativo, precontractual, y separable cuyo contenido y fin es determinar la oferta más ventajosa y conveniente para la Administración" (Carlos E DELPIAZZO "Contratación Administrativa", Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999 página 191).

Refiriéndose a la consulta citada del Dr. Carbajal Victorica, expresa que el mismo expuso brillantemente la diferenciación esencial entre la adjudicación y contrato, entendiendo que la licitación pública es un procedimiento previo y distinto a la contratación y que, por lo tanto, cualquiera sea la forma en que se documente ese contrato, el mismo es separable del procedimiento previo" (Carlos E DELPIAZZO ob.cit página 203).

- h) *La Intendencia, aceptó la nueva propuesta y la «condicionó» una vez más «...al visto bueno del Tribunal de Cuentas de la República», lo que dispuso por resolución del día 17 de noviembre de 1988 (Exp. cit., fs. 103).*
Resolución notificada al interesado el día 23 de noviembre de ese mismo año (Exp. cit., fs. 104).
- i) *Posteriormente, el Tribunal de Cuentas, por los fundamentos que señaló, observó nuevamente el gasto, devolviendo las actuaciones a la Intendencia actuante. Oportunidad en la que, habida cuenta de que «...en la especie se produce un cambio de la licitación sustancial, al construirse dos puentes en sustitución de las calzadas...» aconsejó «...efectuar un nuevo llamado a licitación Pública de acuerdo a la solución técnica viable...» (Exp. cit., fs. 108);*
- j) *Como el hoy actor, solicitó información sobre la licitación en cuestión, la Intendencia Municipal, en una muy fundada decisión, resolvió archivar las actuaciones, previa notificación al mismo y devolución de las garantías depositadas (Exp. cit., fs. 111 y 112 y ss.);*
- k) *Yu el día 30 de setiembre de 1988, la empresa actora comunicó a la Intendencia que dejaba expresa constancia que «...aceptar por parte de nuestra empresa la modificación de uno de nuestros proyectos licitados y adjudicados, no significa renunciar a ningún punto de los presentados en la licitación de la referencia...» Asimismo, señaló que esa situación deberá contemplarse en el «...contrato único que se deberá firmar entre esa Intendencia y nuestra empresa (fs. 1).*
Del examen de las actuaciones reseñadas, no hay duda que se está en presencia de una hipótesis de responsabilidad contractual por incumplimiento de la Administración Municipal demandada. Porque más allá de si existen contradicciones en el pronunciamiento del Tribunal actuante -que las hay-, lo cierto es que las partes han discutido partiendo de la base de las consecuencias que ha podido tener para

“La dificultad se plantea cuando el contrato no se celebra por escrito. Para esta segunda hipótesis en que el contrato no se documenta, la opinión mayoritaria se inclina por entender que el acuerdo de voluntades se produce con la notificación aceptada del acto de adjudicación. Corresponde hablar de notificación aceptada porque la notificación es una mera formalidad de comunicación de un acto administrativo en este caso de la adjudicación y para que nazca el contrato se necesita una segunda manifestación de voluntad traducida en la aceptación de ese acto de adjudicación, que, en definitiva, es generar un contrato que tiene como contenido la propuesta original del oferente ajustada a las estipulaciones del pliego consideradas como parte integrante de la misma”. (Carlos E DELPIAZZO ob.cit página 204).

Esta posición, a nuestro juicio, implica que la adjudicación se transforma, entonces, en una propuesta que requiere una nueva aceptación. Cabe deducir de esta posición, que el oferente estaría legítimamente investido del derecho de no aceptar la adjudicación dejando sin efecto el contrato, teniendo como única consecuencia adversa la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta, pero de ninguna forma, el resarcimiento de daños y perjuicios al Estado.

Con referencia a los efectos del acto de la Adjudicación expresa: “...El cuarto efecto de la adjudicación es generar el derecho del adjudicatario a ser indemnizado si la Administración desiste antes de celebrar el contrato”. (Carlos E DELPIAZZO ob.cit página 193).

3.5 ROBERTO DROMI

El citado autor, al referirse a la licitación pública, se remite a un fallo jurisprudencial que expresa: “La licitación pública es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación que perfecciona el contrato”. (Roberto DROMI “Derecho Administrativo”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, página 377).

Más adelante en la misma obra, el citado autor define el acto de adjudicación de la siguiente manera: “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 (CN Fed, Sala CivCom, 4/8/67, JA, 1968-I- 128; CComCap, 19/10/36, LL, 4-634)” (Roberto DROMI, ob. cit, página 419).

Por otra parte, el mismo autor expresa, en un pasaje algo discordante con lo anterior, que la licitación es un procedimiento precontractual que termina con la adjudicación que es la concreción de la voluntad administrativa pero que no coincide a su juicio con el perfeccionamiento del contrato.

Sostiene que esto último llega con la notificación de la adjudicación, con la aprobación de ésta por el superior jerárquico, notificación de la orden de compra, etc.

el actor, la actuación de la demandada, en torno a la licitación a la que llamara para la construcción de dos calzadas, luego transformadas en dos puentes.

La parte demandada reclamó daños y perjuicios. «...al haber desconocido el Municipio mi derecho a realizar las obras licitadas y adjudicadas...», fundándose entre otras, en normas que refieren a la responsabilidad contractual (fs. 5 y ss., en especial, fs. 6 vto. y 7 vto.) y contestando la demanda, el ente territorial, repitiendo expresiones tomadas de sus propias resoluciones, argumentó que «...la adjudicación no quedó perfecta, ni jurídicamente pudo concretarse» (fs. 138 y ss., en especial, fs. 140 vto.), pero sin aludir al tipo de responsabilidad que se le atribuía.

Pero, resulta evidente que el contrato se perfeccionó.

La propuesta negocial en el contrato de obra pública se manifiesta por parte del licitador, a través de las disposiciones contenidas en el Pliego de Condiciones que marca el comienzo del trámite licitatorio, y por parte del licitante, en la oferta que presenta. Luego que la Administración que licita la obra, examina las ofertas y selecciona la más ventajosa, el vínculo contractual nace o, dicho de otra manera, el contrato se perfecciona, con la resolución de adjudicación notificada al interesado.

Así, lo enseña la mejor doctrina administrativa. El Maestro Sayagués Laso, al examinar los elementos que aparecen en toda licitación, expresa que «...se aprecia que el encuentro de las voluntades de la Administración y el particular se produce con la adjudicación (aceptación de la oferta) notificada al interesado. El en ese momento que surge el vínculo contractual, salvo que a texto expreso se establezca una solución distinta», agregando: «...luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado. Es la solución de principio... Claro que si los costos exigen expresamente la firma del contrato u otra formalidad, es necesario el cumplimiento de dichos requisitos» (Tratado de Derecho Administrativo, t. I, pág 554).

Esto es, en tal instituto la expresión de voluntad de las partes surge, respecto del licitador, del pliego de

Como se advierte, existe una divergencia entre lo expresado al referirse a la licitación (página 377) y lo referido a la adjudicación (página 419 y siguientes).

IV. COINCIDENCIAS ENTRE LAS TESIS ENUMERADAS

Como se aprecia a través de la lectura de los conceptos transcritos en el capítulo anterior, la doctrina no es unánime respecto de la definición del acto administrativo de adjudicación.

Todos los autores son, sin embargo, contestes en algunos puntos, entre los cuales se puede resaltar:

- Todos los autores consideran la Licitación Pública como un procedimiento administrativo.
- Asimismo, la doctrina es conteste en considerar el acto de adjudicación como un acto unilateral de la Administración que crea efectos jurídicos, razón por lo cual es calificado de acto administrativo.
- No hay diferencias entre los autores en referencia a que el acto de adjudicación es el último acto del procedimiento de la Licitación Pública.
- Todos los autores son contestes en que la situación jurídica del oferente al que le es adjudicada la licitación varía en el momento de dicha adjudicación. Algunos autores sostienen que surge un vínculo contractual (para algunos preliminar y para otros definitivo), mientras que otros sostienen que tal vínculo no es contractual, pero expresan que, no obstante, nace un derecho subjetivo a favor del adjudicatario.

V. DERECHO SUBJETIVO EN CABEZA DEL ADJUDICATARIO

Este nacimiento de un derecho subjetivo nuevo a partir de la adjudicación es el punto que aparece como de análisis necesario para determinar si la adjudicación determina el surgimiento de un contrato o no.

Porque es a la luz de las fuentes de los derechos subjetivos y las obligaciones, que se puede determinar si la adjudicación puede dar origen o no a un derecho subjetivo.

En efecto, para determinar si a partir de la adjudicación nace un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario, debemos analizar

- Cuáles son las categorías definidas por el Derecho como fuentes de las obligaciones y de los derechos subjetivos.
- Si el acto de adjudicación integra alguna de dichas categorías, y por lo tanto si está dotado de la virtualidad de hacer nacer derechos subjetivos (y obligaciones correlativas a dicha situación jurídica).

condiciones -donde se expresa el objeto del contrato, las condiciones del mismo y las especificaciones sobre el trámite negocial- así, como también, y finalmente, de la decisión de adjudicación, que, al tiempo que determina la propuesta que se considera más ventajosa, la declara aceptada. Respecto del licitante, su voluntad se manifiesta en la propuesta. Naturalmente, el iter negocial culmina con la notificación de la adjudicación y allí, entonces, queda perfeccionado el contrato.

Desde luego, es inexacto que, en el caso, el contrato no se hubiera perfeccionado por falta de extensión y suscripción de un documento especial conteniendo las especificaciones del negocio y diverso a las estipulaciones que surgieren del pliego de condiciones, de la oferta y de la resolución administrativa de aceptación de esta última. Como, incluso, parece surgir de expresiones del propio actor, quien al anunciar que no debía tomarse su propuesta de «...modificación de uno de nuestros proyectos licitados...», como un acto de renuncia, al propio tiempo señaló que esa situación deberá ser contemplada en el «...contrato para la construcción de las dos obras...», a suscribirse entre su empresa y la demandada. (fs. 1).

Según se entiende, de ninguna manera de las cláusulas del pliego que la sentencia impugnada menciona como previendo ese requisito, surge tal cosa. La cláusula 2^{a.}, rectamente interpretada, indica lo contrario: según ella, las condiciones del contrato no deben ser objeto de nuevas tratativas porque surgen de la complementación de las condiciones establecidas en mismo pliego con las que figuren en la propuesta u oferta del licitante aceptado. Del mismo modo, a su vez, la cláusula 20^{a.} al diferir a la aprobación del licitador y desde que, quien debe aprobar es el mismo órgano que adjudica, se confunde con esta última.

Por ello, evidentemente, la resolución de 20 de abril de 1987 (supra ap. b), al disponer la adjudicación, implicó esa aprobación y, como su consecuencia natural, el perfeccionamiento del contrato. El

- A la luz de esta segunda respuesta, y para el caso de que se entienda que el acto de adjudicación genera un derecho subjetivo, se debe analizar el contenido del derecho subjetivo que nace.

VI. ORIGEN DE LAS OBLIGACIONES

6.1 Concepto de obligación

La existencia de un derecho subjetivo en cabeza de un sujeto implica la existencia a cargo de otra persona de una obligación correlativa.

En el caso en estudio, si el particular al ser adjudicatario adquiere un derecho subjetivo, debe correlativamente aparecer un deudor en cuya cabeza surge una obligación.

En este sentido, Jorge Joaquín Llambías concibe la obligación de la siguiente forma: "Es la relación Jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor. Acreedor y deudor son los protagonistas que dominan la escena del derecho de las obligaciones" (Jorge Joaquín LLAMBIÁS "Código Civil Argentino Anotado", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, Tomo II A).

Nuestro Código Civil, refiriéndose a las obligaciones establece en su artículo 1245: "Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa".

Esta norma del Código Civil no da una definición de las obligaciones sino más bien una enumeración de los contenidos de dichas obligaciones, o dicho de otra forma, de las prestaciones que pueden ser objeto de las obligaciones.

Sobre el concepto de las obligaciones, enseñaba el Profesor Peirano Facio que en el Derecho Romano, las Institutas establecían que la obligación es un vínculo jurídico por el cual somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad (Jorge PEIRANO FACIO "Curso de Obligaciones", Oficina de apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, 1962, Tomo 1, página 2).

El citado autor concluye, después del análisis de las diversas concepciones sobre las obligaciones: "Podríamos decir que la obligación, analizada en sí misma se revela como un vínculo jurídico que tiene como consecuencia, según el Código, dar, hacer o no hacer alguna cosa; y cuyo vínculo jurídico comprende la idea de una sujeción personal del deudor al acreedor y una sujeción de naturaleza real del patrimonio del deudor respecto del patrimonio del acreedor en caso de que aquél no cumpla su prestación" (Jorge PEIRANO FACIO ob. cit. Tomo 1, página 13).

consentimiento se concreta con la propuesta u oferta de una parte, aceptada por la otra (C. Civil, art. 1262).

Ciertamente que tanto el pliego (cláusula 20ª.), como en la resolución mencionada (párrafo 2º), se establece la necesidad del trámite previsto por el art. 211, lit. B) de la Constitución. En el primero se alude a la «intervención preventiva» de legalidad a cargo del Tribunal de Cuentas (Exp. cit., fs. 11) y en la segunda, se «condiciona» dicha adjudicación al «visto y registro» de ese importante órgano de control (Exp. cit. fs. 68).

Por supuesto, la misma -la condición-, no puede ser entendida como «condición resolutoria» (C. Civil, arts. 1407 y 1427) -posición que también sostiene el distinguido Sr. Fiscal de Corte-, esto es, como «...suceso futuro e incierto, del cual se hace depender la fuerza jurídica de una obligación». No es un acontecimiento «incierto», desde que integra por mandato constitucional el trámite administrativo, en tanto le compete «intervenir preventivamente en los gastos y en los pagos...»

La actividad desplegada por el Tribunal de Cuentas, resulta un contralor de legalidad impuesto como requisito indispensable y necesario, por la propia Constitución (art. 211 cit.). Y para el cual no se determina momento concreto de realización, pero que siempre y en todo «gasto pago», debe efectuarse.

Por ello, la doctrina, examinando el punto relativo a la naturaleza y efectos del contralor preventivo del Tribunal de Cuentas, coincide en señalar que constituye un momento dentro del procedimiento administrativo del caso -en la especie, procedimiento de licitación-, y anterior a su perfeccionamiento (Carlos Delpiazzo, El Tribunal de Cuentas, pág. 61; Vé. además, Ruben Correa Freitas, La reforma del régimen de compras del Estado, pág. 102). Pero de ninguna manera, se la puede entender como una verdadera y real «condición», con los efectos propios de su naturaleza, para hacer depender de ella, la fuerza jurídica de una obligación.

En el caso de la licitación de autos, puede admitirse que el dictado de la resolución de 20 de abril de 1987,

6.2 Origen o fuente de las obligaciones.

El Código Civil establece en su artículo 1246 las fuentes de las obligaciones: Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos, ya de un hecho voluntario de la persona que se encuentra obligada, como en los cuasi contratos, ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como los delitos o cuasidelitos, ya por disposición de la ley, como sucede en las relaciones de familia o en las relaciones civiles.

Es decir que el Código prevé esas cinco fuentes de obligaciones: contrato, cuasi contrato, delito, cuasi delito y Ley.

Se ha discutido la posibilidad de que una manifestación unilateral de voluntad genere una obligación. Lo que es evidente es que la manifestación unilateral de voluntad sólo puede crear obligaciones a cargo del emisor de dicha declaración y no a cargo de otra persona (dejando de lado la hipótesis de existencia de representación).

En el caso de la adjudicación, no estamos frente a cuasicontrato, ni delito ni cuasi delito ni Ley creadora de derecho subjetivo. Tampoco existe una Ley que dote al acto de adjudicación de tal calidad creadora de obligaciones y derechos.

Queda entonces por dilucidar la adjudicación hace nacer un derecho subjetivo (voluntad unilateral como fuente) o si por el contrario esa adjudicación crea un contrato y por ello hace nacer derecho subjetivo.

VII. CREACIÓN DE DERECHO SUBJETIVO POR ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN

7.1 Posibilidad de crear obligaciones por actos administrativos

Como punto de partida de un análisis sobre la creación de derechos subjetivos y obligaciones por medio de acto administrativo, se debe analizar el alcance que la Constitución de la República le da al Derecho a la Libertad.

El artículo 10 de la Constitución establece: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

Es decir, que la interpretación del artículo 1246 del Código Civil, cuando se refiere a la Ley como fuente de obligaciones, no puede entenderse en un sentido lato, o amplio, como sinónimo de norma jurídica, sino en el sentido restringido de Ley emanada del

por la que se adjudicó la licitación, no perfeccionó el contrato en tanto estaba pendiente la intervención preventiva del Tribunal de Cuentas. Y con su observación, en función de su competencia «necesaria» en cuanto al contralor constitucionalmente establecido y que el propio pliego de condiciones previó, se produjo el llamado «efecto impeditivo» del actuar legítimo del licitador. Posición que el doctrino citado, postula en su obra (op. cit., pág. 66).

Aunque, debe recordarse, en el sistema patrio, el órgano controlado dispone del instituto de la «insistencia», circunstancia que lo habilita a comunicarlo al Tribunal, «...sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto» (Constitución, art. 211, ap. B, inc. 1°). Posición que determinó, entonces, la prosecución del procedimiento administrativo conducente al perfeccionamiento del acto observado. Por cuanto, en ese caso, «Si el Tribunal de Cuentas, a su vez mantuviera sus observaciones, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General, o a quien haga su vez, a sus efectos» (art. cit., inc. 2°), lo que ocurrió en el sub-lite (Exp. adm. cit., fs. 78).

Entonces, por obra de una doble expresión de voluntad, el acto de adjudicación y el acto de insistencia en el gasto, la Intendencia demoró el perfeccionamiento del negocio y, a partir de allí, surgió el vínculo contractual. No siendo de recibo las argumentaciones de la misma, en el sentido que continuar con la ejecución del contrato a pesar de la observación del órgano de contralor, comprometían su responsabilidad.

Porque estaba en el ámbito de sus potestades, aceptarla, con lo que el negocio no se perfeccionaba, sin responsabilidad por su parte, al estar consignado dicho requisito entre los trámites necesarios para el perfeccionamiento del contrato o, en su caso, mantenerse en su posición original, insistiendo en el gasto previsto. Y, como optó discrecionalmente por esta última actitud, unilateralmente, por el libre ejercicio de sus poderes administrativos, perfeccionó el contrato celebrado mediante el procedimiento de licitación.

Pudo aceptar la observación y no lo hizo.

Parlamento según el procedimiento previsto por su creación y promulgada por el Poder Ejecutivo. Una interpretación contraria dejaría a la Libertad privada de su protección frente a eventuales embates de cualquiera de los Poderes del Estado que no tienen estructura representativa.

De ahí que, desde el punto de vista Constitucional, no pueden crearse derechos y obligaciones por medio de reglamentos o actos administrativos sin que una Ley expresamente lo prevea, cosa que no ocurre respecto de la adjudicación.

7.7 Creación de derecho subjetivo por acto de adjudicación.

La negación de la creación de un derecho subjetivo por el acto de adjudicación no sólo estriba el hecho de que el reglamento y el acto administrativo no constituyen fuente de obligaciones salvo el caso de previsión de la Ley en ese sentido.

La negación se funda asimismo en el contenido del acto de adjudicación.

Si el acto de adjudicación sólo consiste en la determinación de la oferta más conveniente, sin más, entonces no está encaminado a la creación de derecho subjetivo alguno, sino que será un acto interno, preparatorio del contrato de la Administración.

Porque 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 el mismo acto ni siquiera lo exprese.

En efecto, 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 prerequisite que la misma estuviera dirigida a tal fin. 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.

Por las consideraciones vertidas en el presente capítulo es que no es posible sostener a nuestro juicio, que la adjudicación pueda crear derechos y obligaciones subjetivas sin previsión legal al respecto. Y mucho menos posible a nuestro juicio, es que además de padecer esa falta de previsión legal habilitante, el acto administrativo que solamente selecciona la oferta más conveniente, pueda ser fuente eficaz para crear un derecho subjetivo a favor del adjudicatario.

VII. EL NACIMIENTO DEL DERECHO SUBJETIVO EN LA TESIS DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

La tesis del perfeccionamiento del contrato por medio del acto administrativo de adjudicación al que adhiere la Suprema Corte de

La eventual responsabilidad de la Intendencia Municipal -más exactamente de su titular- (Ley No. 15.903, art. 554), fue asumida por la misma, desde el momento que insistió en el gasto. El tema es muy claro: si «insiste», lo que estaba dentro de sus facultades e hizo efectivamente, lo comunica al Tribunal de Cuentas, cumple o ejecuta el gasto previsto, pero, al mismo tiempo, incurre en responsabilidad.

Naturalmente, optó por la solución de no aceptar la observación del órgano de contralor, lo que determina haya culminado el proceso de formación del negocio proyectado. Lo perfeccionó, en la medida en que «insistió» en el gasto ahudido.

Los hechos posteriores, consistentes en el cambio del objeto del contrato que se propuso por la Administración, en nada inciden, en función de la expresa prevención contenida en la nueva oferta que, a requerimiento de la Administración y dando precio y condiciones para esa variante, presentara la actora. En forma muy clara y categórica, señaló que su proceder, en el sentido de «...aceptar por parte de nuestra empresa la modificación de uno de nuestros proyectos licitados...», en modo alguno, «...significa renunciar a ningún punto de los presentados en la licitación de la referencia...» (fs. 1).

El incumplimiento de la demandada, es muy evidente. Tanto del punto de vista fáctico como jurídico: lo primero, por cuanto la ejecución de una parte de la obra por la propia demandada, supuso dejar sin objeto el contrato que los unió y, lo segundo, porque la demandada, unilateralmente, rescindió el contrato en cuestión, no pudiendo hacerlo (Exp. agragado, fs. 112).

Los daños y perjuicios reclamados, son los que legalmente corresponden. Por lo demás, ni los rubros ni la cuantía de los mismos, fueron objeto de controversia.

Todo lo que lleva a la anulación del fallo impugnado, debiéndose confirmar, entonces, la sentencia de primera instancia.

Justicia en la sentencia que se comenta tiene, como explica Sayagués Laso, su fundamento en la teoría general de los contratos.

En efecto, el Código Civil prevé el ajuste del contrato por medio de correspondencia epistolar o telegráfica.

Se debe precisar acá que este artículo no regula "contratos a distancia", lo que no siendo el caso en la licitación, nos obligaría a una aplicación analógica de los fundamentos de dichas normas.

El Código regula los contratos que se ajustan mediante comunicación epistolar o telegráfica, y por lo tanto, la aplicación a la licitación no es analógica sino por el contrario, directa, por ser un fenómeno conceptualmente comprendido en el supuesto de hecho de la norma misma.

Este ajuste del contrato se opone a aquel ajuste que se producía entre personas presentes en un mismo lugar y momento, por medio de una propuesta inmediatamente aceptada.

El sistema de ajuste por correspondencia epistolar o telegráfica, presupone la existencia de una propuesta de contratar y de una aceptación, separadas en el tiempo.

En la regulación del Código, la propuesta y la aceptación son, como enseña el Profesor Camarra, declaraciones unilaterales de voluntad (Jorge GAMARRA "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Amalio Fernández, Montevideo, 1970, tomo XI, páginas 101 y siguientes y 117 y siguientes).

A su vez, y siguiendo las enseñanzas de Gamarra, cada una de las manifestaciones unilaterales de voluntad tiene la calidad de recepticia. Esta calidad de recepticia surge del hecho de que mientras la propuesta no llega a conocimiento del destinatario, y la aceptación de éste no llega al proponente, no hay contrato y las partes pueden retractarse de sus manifestaciones.

La propuesta debe ser completa, y la aceptación debe ser asimismo completa y coherente con la propuesta para que estemos ante un consentimiento válido creador de un contrato.

La oferta que presenta un particular ante un organismo convocante de una licitación pública tiene la naturaleza de una propuesta de contratar, la que se formula de acuerdo con los términos del llamado, especificados a través del pliego de condiciones general y del particular de la licitación de que se trata. Ese llamado no es técnicamente una propuesta sino una invitación a formular propuestas de acuerdo con determinados requerimientos.

Presentada la propuesta de acuerdo a los términos del llamado, se ha formalizado una propuesta que cumple con los requisitos que tiene la virtualidad de perfeccionar un contrato en caso de que dicha propuesta sea aceptada por el destinatario (siempre que esa aceptación sea válida) y le sea comunicada al proponente.

Es decir, que existiendo tales normas del Código Civil, para analizar la existencia del contrato, bastaría con determinar si la oferta constituye una propuesta y la adjudicación una aceptación. Si ello es así, comunicada está última, se perfecciona el contrato.

Esta es precisamente la posición de Sayagués, la que por otra parte también es compartida por Real, al expresar que una vez

II) Que las costas y costos, se deberán abonar en el orden causado.

Por estos fundamentos y los concordantes del Sr. Fiscal de Corte, la Suprema Corte de Justicia **FALLA:**

HACIENDO LUGAR AL RECURSO INTERPUESTO Y, EN SU MERITO, SE ANULA LA SENTENCIA IMPUGNADA, CONFIRMANDOSE EN SU LUGAR EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMER GRADO.

**LAS COSTAS Y COSTOS, EN EL ORDEN CAUSADO.
PUBLIQUESE.
Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVANSE LOS AUTOS.**

Dr. Jorge A. Marabotto Lugaro
Ministro de la Suprema
Corte de Justicia

Dr. Raúl Alonso De Marco
Presidente de la Suprema
Corte de Justicia

Dr. Juan M. Mariño Chiarlone
Ministro de la Suprema
Corte de Justicia

Dr. Luis Torello
Ministro de la Suprema
Corte de Justicia

Dr. Milton H. Cairoli Martínez
Ministro de la Suprema
Corte de Justicia

Dr. Pérez Manrique
Secretario Letrado de la
Suprema Corte de Justicia

notificada la adjudicación nace el derecho subjetivo a la formalización (no dice celebración) del contrato.

Si la oferta es una propuesta y la adjudicación es una aceptación, entonces nace el contrato en ese momento (salvo en los contratos solemnes como se dijo).

De esta forma, este vínculo contractual perfecto es capaz de justificar jurídicamente el nacimiento de una obligación y un derecho subjetivo, porque el contrato integra la nómina de fuentes de obligaciones en el Código Civil.

Se supera con esta teoría el problema que padece la doctrina que se aleja de la tesis de Sayagués: el origen del derecho subjetivo que los autores advierten luego de la adjudicación y las consecuencias derivadas de la resistencia del particular a contratar cuando se le adjudica.

De acuerdo con la tesis recogida por la Suprema Corte de Justicia (la que se comparte), con la notificación de la adjudicación no nace el derecho al perfeccionamiento del contrato, sino que nace el contrato con todas y cada una de las obligaciones que cada parte ofreció asumir a cambio de las obligaciones que el otro se obligó a asumir a su vez.

IX. NATURALEZA DE LOS DERECHOS EMERGENTES DE LA ADJUDICACIÓN

Como consecuencia del nacimiento de un vínculo de naturaleza contractual, las partes quedan obligadas en los términos de sus respectivas declaraciones de voluntad.

Nacen las obligaciones y derechos inherentes al contrato celebrado y por lo tanto, la resistencia al cumplimiento es un incumplimiento contractual.

El derecho de la Administración, si consiste en poder exigir una prestación consistente en dar un bien concreto en manos del particular, puede a partir de ese momento, exigir su cumplimiento in natura.

A su vez, si la Administración se niega a ejecutar el contrato una vez notificada la adjudicación, deberá indemnizar al particular de todos los daños y perjuicios derivados de tal ruptura, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Se deberá analizar si existió dolo o solamente culpa para determinar si sólo debe la indemnización de los daños previsibles o de todos los daños aún los imprevisibles (artículo 1346 del Código Civil). ♦

JOSÉ LUIS ECHEVARRÍA

Profesor Ayudante de Contratación Administrativa en los Programas
Master en Derecho, Universidad de Montevideo.