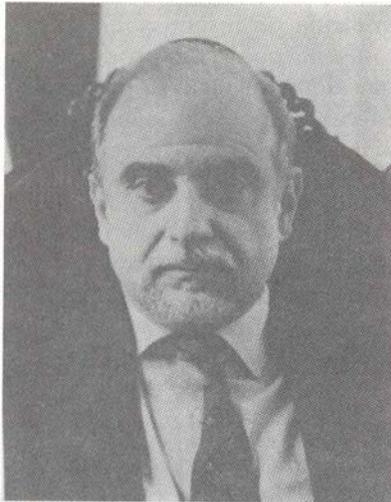


LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Disertante:

Rodolfo Carlos Barra



Coordinador:

Carlos A. Zaballa

108/ R.A.P.(182)

DR. CARLOS A. ZABALLA: Vamos a desarrollar la última sesión de la tarde, y tengo el gran placer y el honor de presentar al disertante que es el Dr. Rodolfo Barra, actual vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, es un abogado destacado que ha trabajado muchísimo en los temas de la especialidad de los contratos públicos. Tiene un tratado sobre la Obra Pública, y una enorme cantidad de publicaciones, acá y en el extranjero, referidas a temas de su especialidad, además fue Secretario del Interior, fue secretario de Obras Públicas, y profesor universitario. Y, lo que me place destacar, aparte de ser un gran amigo, es que en las Convenciones anuales de la Construcción, que por tantos años hemos desarrollado juntamente con la Convención Anual de empresarios, ha sido un abogado, y un amigo que ha actuado muchísimo y, en los libros y en la colección de libros de los trabajos anuales de La Construcción van a encontrar Uds. innumerables trabajos de él referidos a temas importantes en cada momento sobre esta especialidad. Así que, con gran placer, los dejo a Uds. con el Dr. Barra.

DR. RODOLFO C. BARRA: Muchas Gracias, Sr. Presidente de la Cámara de la Construcción, querido amigo, estimados colegas: por supuesto que me siento muy contento de estar con Uds. Y vamos al grano, continuando con estos temas tan interesantes que estamos tratando.

El problema de cómo actúa, cómo ejerce, cómo conforma su voluntad la Administración Pública en el momento de contratar. Y esto tiene mucho que ver con lo que se estaba discutiendo hoy, ayer; en definitiva, el núcleo central de este Proyecto de Ley, es fundamental los procedimientos de selección, y si Uds. lo piensan bien el procedimiento de selección es la forma también, entre otros

aspectos, de cómo la Administración conforma su voluntad para llegar al contrato.

En realidad, para comprender esto es necesario recordar cosas que todos sabemos pero que conviene repetir las, porque hay aquí una distinción esencial entre la metodología contractual de la Administración Pública, del Estado y los particulares. Fíjense, la relación jurídica entre otras cosas, entre muchas otras cosas, puede ser también considerada desde el punto de vista que establece un orden de reparto de bienes.

En definitiva los bienes sociales, los bienes que todos hacemos por vivir en una sociedad y nos beneficiamos con ellos. También se distribuyen, se adjudican, en las relaciones jurídicas, aquellas que tenemos todos nosotros todos los días; las importantes, las menos importantes, las informales, las que requieren alguna formalidad especial; estamos distribuyendo bienes, adjudicando nuestros bienes. También cuando la relación jurídica es con el Estado, aquí la distinción es de otro modo porque aquí lo que se distribuye son los bienes comunes, en cambio cuando la relación jurídica es entre dos particulares son los bienes propios, pero siempre es una adjudicación de bienes, que no son sólo económicos, son de toda naturaleza. En nuestro sistema, y en nuestro sistema capitalista, esta adjudicación de bienes comunes, este reparto de bienes, se centra en la voluntad de las partes, fundamentalmente. En especial en aquellas relaciones jurídicas que nacen precisamente de la voluntad, las obligaciones que nacen de los contratos, por ejemplo. También las que nacen de delitos civiles o cuasi delitos, porque en definitiva siempre en el agente productor del daño hay algo voluntario, aun en la responsabilidad objetiva, y siempre después puede con la víctima llegar a cualquier tipo de acuerdo. Quizás en cierta manera también en las que nacen de la ley, pero algunas de ellas pueden también en algunos de sus efectos ser incididas por la voluntad de las partes.

Pero el núcleo central es lo que establecemos con una contraparte voluntariamente, y allí está el gran principio del Art. 1197 del Código Civil, que dice que lo que es el acuerdo de voluntades es la ley de las partes. Este es el gran principio, en definitiva, de la adjudicación de bienes de acuerdo con las reglas del mercado. Nuestro sistema de derecho privado es un sistema de derecho establecido para funcionar en razón de las reglas del mercado. Insisto que, en la distribución o en la adjudicación tanto de bienes económicos como no económicos, salvo los muy personales donde no existe otro tipo de motivaciones; lo cierto es que todo se da según regla de oferta y demanda, de competencia, de un acuerdo libre de voluntades, en el cual el Estado interviene en forma supletoria, fijando leyes que van a regir para aquello que no hayan pactado

las partes, que van a definir lo que las partes han pactado, la van a traducir en derecho, que van a dar una guía a las partes, a los abogados, al Juez, para que interpreten lo que las partes pactaron. Supletoriamente también interviene el Juez, recién cuando las partes, o alguna de las partes, no cumple con lo pactado, incluso después de la intervención del Juez las partes pueden seguir pactando lo que quieran, incluso con la sentencia. Tengo la sentencia pero bueno, puedo llegar con el perdedor del juicio a cualquier arreglo posterior, el cumplimiento de esa sentencia lo va a demorar, con mi consentimiento, y todo esto en ese régimen de distribución que se va formando naturalmente en un sistema de libre mercado. Sólo está limitado cuando, por razones especiales, el legislador le pone, establece a la voluntad de las partes, un límite que se llama un límite negativo, una norma de orden público: ustedes no pueden pactar tales cosas, no pueden pasar más allá de aquí, el régimen éste de libre consentimiento, en definitiva de libre mercado, tiene ese límite del orden público. Si pactan eso, si contravienen ese límite negativo, pues tendrán algún tipo de sanción. Algunas sanciones son simplemente que el Juez no tendrá en cuenta lo que han pactado, no se podrá hacer valer ante un Juez el pacto contrario a las normas de orden público, algunas otras le permitirán a la Administración Pública realizar una tarea de investigación y de sanción, multas, etc., que es la actividad de policía del Estado.

Por supuesto que estas reglas del mercado también vienen incididas por otros elementos, por toda la intervención que tiene el Estado en la economía, pero siempre intervenciones subsidiarias en áreas más o menos marginales, en donde lo esencial es que el consentimiento es esencialmente libre salvo algunos puntos especiales en donde ya no puedo ir más allá de ellos. ¿Y porqué esto es así? Porque se entiende que yo soy el dueño de mi propio destino, que son mis propios bienes los que pongo en juego, que salen de mi bolsillo, y si hago mal, compro mal, contrato mal, acepto condiciones de trabajo equivocadas, es un problema mío, absolutamente mío y de nadie más. Si perjudicó a mi familia será un problema de mi familia, yo soy dueño de mi destino. Lo que tiene que hacer el Estado es garantizar un sistema de seguridad: que haya jueces que con independencia, que con buen criterio, resuelvan los conflictos que se produzcan; que la ley sea clara, que sea coherente, que sea estable; simplemente, lo demás es un problema enteramente mío.

Entonces todo este sistema está en función del mercado, el régimen del Código Civil, del Código de Comercio, es el derecho del libre mercado; claro que, tenemos la experiencia en nuestro país, eso se vio muy deteriorado por razones ajenas, la ley seguía siendo la misma pero, en una economía absolutamente regulada, ya la ley de las

partes no era el acuerdo de voluntades sino la regulación, en una economía inflacionaria la teoría de la imprevisión no era una excepción sino una regla, pero digamos que en teoría el sistema era así.

¿Qué pasa cuando interviene otro régimen jurídico que está contemplando al actuar de la Administración Pública, al Estado, cuando el Estado contrata o cuando el Estado realiza cualquier actividad? Aquí el Estado ya no pone en juego los bienes que a él sólo le interesan, porque el Estado es un personaje especial, él está para administrar lo nuestro, lo nuestro común. Para administrarlo y distribuirlo, según una regla de adjudicación que ya no es la que nos da la gana a los dos contrayentes, sino lo que debe ser teniendo en cuenta la razón del bien común, y las necesidades y merecimientos de cada uno de los sujetos pasivos de la distribución. Sujetos pasivos de la distribución que a la vez son sujetos activos de la formación de la voluntad estatal en la medida en que son los electores los que eligen a quienes hacen las leyes, y a quienes nos gobiernan, y que por lo tanto vigilan al administrador, profesional que no es electivo pero que está vigilado por los cuerpos políticos; el sistema es más complejo que cuando actuamos nosotros.

y a aquí empieza a importar, no es indiferente, la mala o buena contratación, el mal o buen ejercicio de la libre voluntad, porque mi mal negocio personal seguramente va a ser un buen negocio de mi co-contratante, la economía es un círculo, nada se pierde allí, todo se transforma en riqueza de alguien, eso mismo le pasa al Estado. Pero cuando al Estado le pasa eso está adjudicándole a su co-contratante algo más de lo que es debido, y a algún otro le tocó de menos en la participación. Y si a ese co-contratante, al revés, le adjudica de menos de lo que le corresponde, si acá el buen negocio, en sentido de injusta adecuación de prestaciones, lo hace el Estado porque le da de menos a otro, a algún otro le está dando demás; la torta es única, la porción más chica engorda a las otras porciones así como la porción más grande achica a las otras porciones. Entonces aquí no es "lo que se me da la gana" para el Estado, el Estado ya no tiene frente a la ley una mera limitación negativa, sino que tiene una limitación positiva. No es que no deba hacer lo que la ley le prohíbe, sino que debe hacer sólo, sólo, lo que la ley, el conjunto del ordenamiento jurídico, la Constitución, las leyes, los reglamentos, sólo lo que la ley le manda, lo que la ley autoriza. No tiene voluntad el Estado que no sea la norma jurídica, no tiene otra voluntad, no puede tener otra voluntad, porque es en la norma jurídica, en el ordenamiento jurídico, donde nosotros, el pueblo en un sistema democrático, fijamos cómo van a ser las reglas de la adjudicación. Por eso, las normas que inciden en este tipo de relaciones jurídicas, son de derecho público, el

lugar de las otras que mencionábamos al principio de derecho privado, normas donde el reparto no es autónomo, no es de libre decisión de las partes, sino es heterónomo, viene impuesto desde arriba, de la ley. Normas que son de imposición, que tienen que ser cumplidas necesariamente, no están sujetas a la voluntad de las partes, no pueden ser renunciadas, no son supletorias, son imperativas, se aplican primero y directamente. Y este sistema de derecho, el sistema administrativo, es el derecho anti-mercado, el derecho que está fuera del mercado, no está estrictamente sirviendo, ayudando al sistema de la oferta y la demanda, no es que lo desconozca, ni que lo rechace, ni que lo afecte, sino que por encima de eso está este régimen normativo. Cuando el Estado contrata, entonces, contrata una forma distinta del particular, obligado por la ley, y luego sólo puede contratar si tiene una autorización presupuestaria para gastar, no si tiene dinero, porque tener la autorización presupuestaria no es exactamente lo mismo que tener dinero. Nosotros podemos contratar aun no teniendo dinero, corremos un riesgo, veremos cómo lo conseguimos, etc., el Estado tiene que tener la autorización presupuestaria, que es la habilitación, sino la tiene lo que va a hacer después puede estar afectado de nulidad. Como cuando contrata lo hace para, generalmente, adquirir bienes, puede ser también para vender bienes, pero para tener él disposición de bienes que están al servicio de la distribución tiene que ser muy cuidadoso en lo que compra, de lo que construye. Yo puedo comprarlo pero porque soy tonto o porque soy caprichoso, puedo tener el capricho de comprar algo feo, es un problema mío, me gusta la forma del auto y el color y no me importa que se descomponga o que se rompa, es un problema mío. El Estado tiene que comprar lo mejor, porque es para nosotros, cuando compra está sirviendo a la distribución. Y está sirviendo a la distribución también con la asignación de recursos que supone lo que le paga al contratista. Porque con su gran poder de contratación el Estado, contratando, también distribuye esa torta que es el bien común. Piensen Uds. simplemente que si adjudicara sus contrataciones seguido por un criterio político, por ejemplo; sólo contrato con quienes ayudan al partido, tangente. Esto no solamente es un acto de corrupción sino que puede dejar afuera de esta forma de adjudicación de bienes a todo sector que no apoya al Partido. Ha habido problemas en la Argentina por las contrataciones de publicidad de las agencias estatales; no vamos a darle publicidad a tal diario porque es opositor; y en el diario protestaban, y ganaron sus protestas. Si fuese un empresario privado y no me quiere vender a mí la publicidad o contratar conmigo la publicidad eso está en su libertad, salvo en supuesto de excepción en países donde hay problemas graves de discriminaciones no

tanto por razones políticas sino raciales, allí la ley no interviene, salvo que hagamos un sistema de acción afirmativa para proteger a algún sector, pero si no el particular contrata con quien quiere, y puede dejar de contratar con alguien por sus ideas políticas, yo creo que: Sr. Ud. tiene tal idea política, yo los odio, y con Ud. aunque me perjudique económicamente yo no compro ni vendo, es un problema mío, soy loco, soy así. Pero el Estado no, porque está distribuyendo mal la riqueza, ni por una razón política, mucho menos por una razón de tipo racial o religiosa, o por una razón ya de corrupción económica; contrata con el que le "paga", en otros términos de pago. Estaría adjudicando mal los bienes comunes, los bienes sociales. Hay una porción de la población, de los contratistas de obras públicas, de los contratistas de suministros, de los que hacen esto, lo otro; cuyo gran contratante, de uno de cuyos grandes contratantes, quedan afuera, esto no puede ser. Entonces está marcado por la ley.

En los contratos regidos por el derecho administrativo, esto por supuesto es una opinión personal, puede ser muy criticada, yo considero que la ley de las partes no es el acuerdo de voluntades sino que es el acto administrativo. Los actos administrativos que preceden al contrato, los actos administrativos son posteriores al contrato, pero que todos conforman con ese contrato una unidad irrevocable. Y acá está el secreto, porque es en el acto administrativo donde está el régimen de derecho administrativo fuertemente, regulando toda la vida de esa relación contractual, que se enlazan todos esos actos en una especie de sucesión causada, coligada, donde los elementos de un acto responden a los elementos del antecedente, y son los que le otorgan los elementos al consecuente. El acuerdo de voluntades que se expresa en el documento contractual, en la contrata, bueno, eso es simplemente la expresión de toda esa realidad. Y hay actos administrativos de formación contractual que son imperativos, los que están vinculados al proceso de selección; y hay actos administrativos de ejecución contractual, en especial en los contratos cuya vida no se agota con un inmediato cumplimiento o intercambio de las prestaciones, fundamentalmente el contrato de obras públicas, y muchos contratos de suministros también. Y allí está el régimen de derecho administrativo. Uds. dirán: ¿y todos los elementos de discrecionalidad que hay en la relación contractual? No podríamos decir nunca que toda esta actividad, tanto en la selección del contratista, tanto en el procedimiento de licitación pública, de licitación privada, etc., como luego en la ejecución del contrato donde tantas variantes hay que la Administración tiene que tomar decisiones de oportunidad, no podemos decir que sean regladas, que estén estrictamente marcadas por la ley. La discrecionalidad no es libertad negocial, libertad

negocial es lo que tenemos nosotros los particulares, en términos llanos es poder hacer lo que se nos da la gana salvo en aquello que nos prohíbe la ley. La discrecionalidad no es simplemente por distintas alternativas válidas, válidas según el régimen de derecho público, válidas en tanto y cuanto: primero no contradigan al resto del ordenamiento, porque la administración sometida a la ley no está solo sometida a la ley de Obras Públicas cuando contrata obra pública, o al Decreto 5720 cuando contrata un suministro o a la ley de Contabilidad, a la que era la ley de Contabilidad; está sometida a todo el ordenamiento. Al contratar una obra pública no puede contrariar ninguna norma del ordenamiento jurídico. Además su opción tiene que ser una opción que esté conforme con la política legislativa de la ley que le autoriza a celebrar ese contrato. El legislador sin duda en cada una de sus leyes señala esa intención, la lógica de la ley, el principio rector de esa ley que es discernible por los operadores jurídicos. Si la ley de obras públicas dice que la obra o el contrato debe adjudicarse a la oferta más conveniente, eso no quiere decir que sea a la que le da la gana, para mí es así, porque ¿qué es lo que a mí más me conviene? Bueno, por ahí a mí me conviene contratar con fulano porque me quiero hacer amigo de él, ésa es mi regla de conveniencia, por ejemplo. O me conviene contratar por tal manera por un precio mayor o menor porque espero en el futuro sacar provecho de tal otra situación. Mi conveniencia es infinita la de la administración no, ¿Cuál es la regla de la conveniencia que le fija, en este caso, la ley de Obras Públicas? La clara política legislativa es la regla de la conveniencia comparativa, es la mejor oferta comparada con criterios homogéneos. Por eso la licitación tiene que estar hecha, el pliego licitatorio, con pautas que permitan comparar homogéneamente las ofertas, porque sino no puede saber cuál es la más conveniente. Este criterio es discrecional en cuanto le permite optar por distintas alternativas válidas, pero no es libertad negocial. Porque no podría violar, tratándose de la adjudicación de un acto administrativo, ninguno de los elementos que están establecidos en el Art. 79- de la Ley de Procedimientos Administrativos. No solo porque no puede ser un órgano incompetente el que adjudique sino que tiene que expresar la causa; entonces tiene que al adjudicar, debería hacerlo, no es una práctica lamentablemente que se siga demasiado en nuestra Administración, pero debería surgir del acto de administración los hechos relevantes, el análisis de los hechos relevantes para tomar la decisión, hechos relevantes que no son todos los que han tomado en cuenta para la comparación de ofertas y los que le llevan a concluir que ésa es la mejor y su conformidad con el derecho. Esto tiene que estar expresado, no puede violar el elemento motivación, tiene que haber seguido las pautas de procedimien-

to, haber respetado los plazos de publicación, etc. Uds. dirán: bueno, pero todo eso demora los trámites, hace que las contrataciones del Estado sean lentas, y vienen impugnadas. Yo creo que esa lentitud viene dada más por la ineficiencia que por las normas, o por el trámite que hay que cumplir; es decir, porque el trámite se cumple mal en todo caso. Pero de todas maneras, esa tramitación, el procedimiento administrativo, es el costo que debemos pagar para vivir en una democracia transparente, para que el Estado haga su reparto conforme lo que queremos nosotros cuando le damos mandato al legislador para que establezca las leyes. Es un costo que hay que pagar. Si quisiéramos darle las manos totalmente libres para que contrate como se le da la gana, sería una opción que podríamos elegir, pero sería bastante disparatada, corremos el riesgo entonces que frente a esa súper-velocidad en la contratación se produzcan situaciones muy desagradables. Pero fundamentalmente no puede violar el elemento finalidad, que obliga al Estado a decidir su acto administrativo conforme de interés público que está en la ley que autoriza el dictado del acto, esa razón del interés público ni siquiera otra razón de interés público distinta, no sólo ya de interés particular de un funcionario o de cualquiera sea, sino aún otra razón de interés público que no sea la que está prevista en la ley que autoriza el dictado del acto; eso ya invalida el acto. Porque tiene el principio de vinculación positiva la ley, porque el legislador le autoriza a la Administración a actuar para eso y no para otra cosa. Entonces sí, tiene discrecionalidad en todo el procedimiento de selección, pero esa discrecionalidad yo la voy a valorar frente al acto administrativo concreto, en un análisis pautado de esos elementos que están en el Artículo 7º- de la Ley de Procedimientos Administrativos. Después vamos a ver quién valora esto y cómo lo valora cada uno de ellos. Y cuando ya está en la vida del contrato, pasa lo mismo: el inspector de obra podrá decidir que tal ejecución de la obra que él considera que está mal hecha haya que hacerla de vuelta, o podrá autorizar una prórroga de plazo. Son decisiones discrecionales, muchas de ellas, en cuanto a que ponen ahí un juego de alternativas, pero esto no quiere decir que estén fundadas en una libre voluntad. También se verá aquí si su decisión está motivada, si se ajusta a las circunstancias de hecho, si ésta es la decisión más adecuada, si es la solución más justa, utilizando acá estas ideas de los conceptos jurídicos indeterminados. La posibilidad de encontrar una solución justa, que es la que se supone que quiso el legislador, de acuerdo a las circunstancias del caso. Supongamos que la administración decide resolver el contrato por razones de oportunidad, cosa que puede hacer, está dentro de sus prerrogativas, ésta es una decisión discrecional, pero ¿qué pasa si se descubre que hay desviación de poder, si lo hizo para

perjudicar a un co-contratante, para perseguirlo, para permitir que el contrato lo tome otro que es el amigo del presidente, del administrador? Hay discrecionalidad pero no libertad, de ninguna manera libertad. Y ¿quién valora este buen ejercicio de la discrecionalidad sujeta entonces al principio de la administración de legalidad? El primero que lo tiene que valorar es el administrador, porque él es el que tiene el entrenamiento, las reglas, la capacitación técnica y los recursos para tomar este tipo de decisiones.

En la Administración Pública, para que esto se haga bien, hay un sistema de controles, controles u organismo de control, hoy es la Sindicatura General de la Nación, la Auditoría General de la Nación que permite ahora sí un eficaz control del Poder Legislativo sobre lo que hace el poder Ejecutivo. Controles que están dados también, además de estos dos, por el propio sistema procedimental con que actúa la Administración, el sistema burocrático es un sistema de control interno, el procedimiento es un sistema de control. En la medida en que las decisiones para ser tomadas tengan que pasar por las manos de distintos funcionarios que van cumpliendo distintas tramitaciones, es un mecanismo de control. La posibilidad de que el administrado que se siente afectado plantee recursos administrativos es otro sistema de control, que permite que el mismo emisor del acto o el superior revise la decisión tomada. Primero es, entonces desde esta perspectiva, la propia administración la que valora si el ejercicio de su actitud discrecionalidad está ajustado a las reglas de la administración de legalidad. Y luego está el Juez. El Juez también puede valorar la actitud discrecional de la Administración. Claro que aquí lo hace de una manera especial, porque el juez no tiene ni el entrenamiento, ni la capacitación técnica, ni los recursos, para ser administrador. El Juez tiene que controlar sin convertirse en administrador. El Juez tiene que controlar sin convertirse en co-administrador porque no tiene, porque no tiene que ser administrador, no sabe ser administrador, no nació para administrador, no está puesto allí para ser administrador. ¿Quiere decir esto que el Juez se debe replegar? No. Tiene que cumplir con su tarea de control, pero de una manera donde la presunción es el favor de la ajustada decisión de la administración, es decir, en favor de la legalidad de la elección que tomó la Administración, esto está en la presunción de la legalidad de los actos administrativos, que también rige, por supuesto, para las decisiones discrecionales. Y en esto hay dos actitudes: si la decisión es manifiestamente arbitraria, supongamos que el principio de adjudicación es a la oferta más barata, y la adjudicación fue a la oferta más cara, el Juez deberá decretar la nulidad del acto. Si la situación no está en ese extremo límite de ilegalidad, sino que está en un extremo que podemos denominar de "sospecha del mal uso de la discrecionalidad", por ejemplo porque está indebida-

mente fundada, allí el Juez no puede sustituir a la Administración en la decisión, lo que no podría hacer es adjudicar a otro distinto; pero sí puede mandar nuevamente las actuaciones a la Administración para que tome una decisión fundada.

En un caso bastante reciente que resolvió la Corte, un problema de mayores costos, de aplicación del Decreto 2875, una causa Tecnoobra, no recuerdo en ese momento si era contra Vialidad o la Comisión de Energía Atómica; se discutía si el contratista tenía derecho a la renegociación del contrato, es decir al establecimiento de una nueva fórmula de variación de costos. La mayoría de la Corte resolvió que no, creo o tenía derecho por tales y tales motivos; laminaría, el voto en disidencia tomó la cuestión como en dos planos: el primer análisis fue si se podía determinar si el sistema de variación de costos utilizado en el contrato era o no adecuado a la realidad económica del período donde la obra se tuvo que efectuar. Por lo tanto lo que se analizaba era si la decisión de la Administración Pública, que había por supuesto rechazado el establecimiento de una nueva fórmula, estaba ajustada o no a derecho alguno, porque si la fórmula no estaba adecuada a la realidad económica, era inequitativa, como dice el Decreto 2875, la decisión que niega la readecuación no está ajustada a derecho porque violaba el Decreto 2875, cuando el decreto era vigente. Allí se llegó a la comprobación de que esto era así, porque según por lo menos el criterio de la minoría, las pruebas que se habían aportado a la causa demostraban manifiestamente que, mientras todos los indicadores económicos exhibían una inflación del orden de 100, un índice era 100, otro 110, otro 98, otro 110, la fórmula del contrato daba 20. Entonces la disparidad era tan grande que bueno, estaba comprobado que la fórmula no servía. Y además, las circunstancias del caso demostraban que, al momento de contratar el contratista había contratado, éste era también otro punto que se discutía en la causa, conforme a las exigencias del pliego y frente a circunstancias que no le imponían, no que tornaban imprevisibles, pero sí que no le imponían solicitar a la Administración la modificación o retirarse del procedimiento licitatorio.

No eran circunstancias, no sé si eran imprevisibles o no imprevisibles, tan manifiestas que no le imponían esa conducta. Pero, en ese caso, el contratista, el actor en el pleito, había demandado una suma de dinero que resultaba de la aplicación de una nueva fórmula que él pretendía que el Juez estableciera en su sentencia. Es decir, no solamente era que esa fórmula contractual no sirve, sino que: "yo quiero que se aplique esta otra, o que es la que sirve, y por lo tanto de la comparación entre lo que me pagaron y lo que surge de la nueva fórmula, surge mi crédito". Y en este caso, este voto disidente señaló más o

menos lo siguiente: no somos los jueces capaces de decidir si la nueva fórmula propuesta es o no la más conveniente, porque aunque hay una prueba pericial que también compara esa nueva fórmula con índices y muestra que esa nueva fórmula tiene una aproximación a los distintos índices que se pueden tomar como ejemplo de más o menos diez por ciento, que parece una diferencia razonable, demuestra que es equitativa, lo que no está demostrado es que no haya otras posibles alternativas de fórmulas polinómicas a utilizar en ese contrato. Como lo que está demandando el contrato no es que le pague los mayores costos efectivamente devengados o comprobados, sino que quiere sustituir el método ideal del contrato por otro método ideal, este otro método ideal puede estar conformado matemáticamente de distintas maneras, puede haber distintas alternativas en las que haya que ejercer opciones, opciones que tienen que ser discrecionales para la Administración de conformidad con el administrado que, de acuerdo con el procedimiento que está en el Decreto 2875, puede aceptar o no la nueva fórmula que establece la Comisión Liquidadora. Hay una suerte de negociación donde se utiliza el elemento tal o el elemento cual, según la circunstancias, se tendrá en cuenta el plazo de obra, lo que falta, lo que ha gastado la Administración e incluso la Administración puede tener también en cuenta otro elemento muy importante, puede concluir; sí, ésta es la fórmula que corresponde aplicar pero de esta manera el resto del contrato que todavía hay que hacer me sale tremendamente caro, yo no quiero en estas circunstancias, resuelvo el contrato por razones de oportunidad, usted tiene razón, le tengo que aplicar la fórmula, pero así yo no quiero la obra y entonces resolvemos el contrato, salvo que Ud. acepte otra cosa. Estas son opciones válidas para la Administración, que no las puede tomar el Juez, no la puede reemplazar el Juez. Entonces lo que se decidía allí era: vuelva a la Comisión Liquidadora, ahora sabiendo que debe reformar el contrato, que tiene que establecer un nuevo sistema porque el que está en el contrato no sirve, lo que sí imperativamente establecería la sentencia, sentencia que no fue, el voto disidente; para que realice nuevamente el procedimiento que además no estaba en el caso debidamente cumplido, no había adecuado la Comisión liquidadora en un estudio acabado de la situación, no se había cumplido con el elemento causa y procedimiento del acto administrativo, para que cumpliendo ahora con esos elementos del acto administrativo dicte un nuevo acto y lo someta a la consideración del contratista que lo aceptará o no. El Juez no sustituye a la Administración, no se convierte en un redactor de pliegos o de la cláusula de fórmula polinómica de los pliegos, porque para eso no estaba entrenado, y deja que esto lo haga la Administración. Entonces esto tampoco, ya fui la Administra-

ción hubiese tenido que analizar el caso y volver a establecer una nueva fórmula, no existía libertad negocial, estaba sí actuando con discrecionalidad que es sometimiento a la ley.

Por eso la libertad contractual de la Administración es la norma jurídica, y por eso lo importante que se intente, como está haciendo ahora el Congreso, perfeccionar los métodos de selección del contratista estatal. En definitiva este punto y quizás ésa sea la intención de quien ha proyectado este todavía Proyecto de Ley, redactado este Proyecto de Ley, que le ha dedicado la mayor parte del articulado al procedimiento de selección. Es que quizás allí está el núcleo del contrato administrativo, en cuanto una metodología transparente de adjudicación de los bienes sociales. Nada más. Gracias.

Pregunta: Yo le quiero preguntar doctor si este último ejemplo que Ud. ha dado sobre la posibilidad de que la vía jurídica devuelva a la Administración para que dicte un nuevo acto, ¿usted cree que se encuentra regulado en un proceso?

DR. RODOLFO C. BARRA: No se encuentra estrictamente regulado, tampoco está impedido. El juez dicta sentencia de acuerdo a derecho, y puede ser que esa forma de decisión en ese tipo de casos, en definitiva lo que está en juego es el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, sea la más ajustada a derecho. No es así en lo que es la actividad reglada, porque cuando una ley impone a la Administración una determinada conducta: si ocurre en tales circunstancias su conducta tiene que ser ésta y no otra, no hay nada más que hacer, el Juez simplemente cumple con la ley ordenando que se le otorgue al fulano

de tal el beneficio jubilatorio, o que se le pague lo adeudado porque hay un certificado de obra que no se pagó y el saldo que queda del certificado final de cierre de cuentas, y ahí no hay nada más que decir: señor pague, no hay más actividad administrativa en todo esto. Pero cuando hay ejercicio de discrecionalidad administrativa, que no puede ser suplida por el Juez, ¿puede el Juez decir cuál es el mejor oferente? Puede haber casos que sí, es un problema de caso a caso, por ejemplo si son dos oferentes, uno es más caro y otro más barato, y todo lo demás igual. Pero el Juez ¿podría decir si la Administración tiene que adjudicar ahí? ¿Y si la Administración no quiere adjudicar? Si tiene que adjudicar a Juan y decide no adjudicar le pagará alguna indemnización o no, en fin, esto según cómo estén regulados los contratos. Si decide no realizar ese contrato, no llevarlo a cabo, ¿puede el Juez forzarlo a realizarlo?

Pregunta: Lo que Ud. dice es sumamente claro, pero mi pregunta es si al obligarle a la Administración a efectuar una obligación de hacer, si eso está receptado y, en términos de contratos y de actos administrativos, resultaría realmente muy importante. Porque en ese caso sí sería de absoluta aplicación el Art. 7° de la Ley 19.549, lo que no registra antecedentes. Por eso quiero preguntar si yo podría ampararme en una norma si el día de mañana requiero de un Juez, un Tribunal, que le ordene a la Administración, más allá de la nulidad de su acto administrativo, la reformulación de la requisitoria del acto, en ese caso la empresa.

DR. RODOLFO C. BARRA: Yo creo que es posible, es perfectamente posible desde el punto de vista legal.