

Escuela de Derecho

Tipo de documento: Tesis de maestría



Maestría en Derecho y Economía

Teoría económica de los contratos y las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos

Autoría: Godoy, María Celeste

Año: 2009

¿Cómo citar este trabajo?

Godoy, M. (2009). "Teoría económica de los contratos y las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella

<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/1613>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional

Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>

TEORÍA ECONÓMICA DE LOS CONTRATOS
Y LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

María Celeste Godoy
DE1B843

038265

INDICE

I.- PROPÓSITO	3
II.- INTRODUCCIÓN: EL CONTRATO ADMINISTRATIVO	4
III.- TEORÍA ECONOMICA DE LOS CONTRATOS Y LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN	8
IV.- REFLEXIÓN FINAL	22
V.- BIBLIOGRAFIA	26

-I-

PROPÓSITO

La intención del presente trabajo es demostrar, a través de la teoría económica de los contratos, que debido al régimen especial que rige a la contratación administrativa, la adquisición de bienes y servicios es más costosa para la Administración Pública.

Así, institutos creados para proteger el fin público perseguido por la Administración, como las cláusulas exorbitantes existentes en el Derecho Administrativo y que son propias de la contratación entre empresarios y la Administración, se convierten en detonantes o disparadores de un precio superior al de mercado a ser pagado por la Administración.

Éstas herramientas se transforman en obstáculos para la Administración a la hora de contratar con los particulares.

INTRODUCCIÓN: EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El contrato administrativo difiere del contrato de derecho privado en varios aspectos. En primer lugar la finalidad perseguida por uno de los cocontratantes (la Administración) es la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se introduce en el fin del acuerdo reflejándose en el régimen del mencionado contrato (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)¹. El particular colabora, a través de la prestación prometida, con la peculiar finalidad perseguida por la Administración cuando se celebra un contrato administrativo. Se encuentra regido por el derecho público y en virtud de su especial finalidad, tiene un régimen sustantivo especial.

ACUERDO DE VOLUNTADES

Contiene un acuerdo de voluntades al igual que en los contratos del derecho privado, por el cual ambas partes reglan sus derechos y obligaciones. La Administración siempre tendrá en miras la realización de una finalidad de interés público; y el administrado, aunque partícipe y realizador de la mencionada finalidad pública, en su obrar estará iluminado por la prosecución de su propio bienestar. Es decir, que ambas partes (al igual que en el Derecho Privado) tienen intereses diversos, la diferencia radica en que la Administración busca también el beneficio de su cocontratante como miembro

¹ CASSAGNE, Juan Carlos "El Contrato Administrativo", Buenos Aires 1999, pags. 15 y ss

de la comunidad, a la que beneficiará con la realización del fin público a ser cumplido por medio del contrato.

El contrato es un medio, una herramienta utilizada por la Administración para el cumplimiento de su actividad propia.

DEFINICIÓN

Definir al contrato administrativo, a esta altura, se hace necesario. Siguiendo a Bielsa en este punto, podemos decir que "es contrato administrativo el que la administración pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública"². Continúa diciendo el autor, que en todo contrato administrativo deben concurrir los siguientes elementos:

1. Uno de los sujetos de la relación jurídica contractual es la Administración en ejercicio de actividad administrativa; y
11. El objeto del contrato es una prestación de utilidad pública, en virtud de la cual la administración debe fijar unilateralmente el objeto, modo y condiciones de la prestación y contraprestación.

Esta definición abarca los contratos administrativos (por ejemplo un contrato de obra pública, una concesión de servicio público, etc.) como los denominados contratos interadministrativos, que se dan cuando ambas partes son entes públicos y celebran un contrato, que será administrativo si su objeto es la satisfacción de una finalidad pública. Se rigen por el Derecho público, y difieren de los contratos administrativos propiamente dichos, pues en estos casos la administración carece de prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, además de que todos los conflictos deben respetar el marco

² BIELSA, Derecho Administrativo, Buenos Aires 1947, Tomo I, pág. 295

del principio de unidad de acción del Estado (por ejemplo un contrato de prestación de servicios entre una entidad pública estatal centralizada y otra descentralizada).

CLASIFICACIÓN

Los contratos administrativos pueden ser clasificados desde el punto de vista del sujeto administrativo, al decir de Cassagne³, en contratos administrativos; contratos parcialmente regidos por el Derecho Privado; y contratos interadministrativos. La primera y tercera clase ya fueron definidas, nos resta abordar la segunda clase: los contratos parcialmente regidos por el Derecho Privado. En éstos casos la competencia y, en principio, la forma se hallan regidos por el Derecho Administrativo, y el objeto por el Derecho Privado (por ejemplo la compraventa y arrendamiento de tierras fiscales).

CLAUSULAS EXORBITANTES

Para realizar los fines estatales la Administración Pública actúa en el campo contractual utilizando potestades y prerrogativas, que difieren según el grado y naturaleza del interés público perseguido en cada caso. Éstas potestades y prerrogativas son conocidas como el Régimen Exorbitante. Dicho régimen lo único que denota es, que en los contratos administrativos existirán cláusulas, introducidas por la Administración, imposibles de ser incluidas en los contratos del Derecho Privado, es decir están fuera de la órbita del mismo, lo exceden.

³ CASSAGNE, Juan Carlos "La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas", Revista de Derecho Administrativo 1994, Editorial Depalma, pags. 143 y ss

Las cláusulas exorbitantes son aquellas que, de insertarse en un contrato privado lo tornaría ilícito, o también, aquellas que son extrañas o inhabituales en los contratos que se celebran entre particulares⁴.

El criterio de cláusula exorbitante es más casuístico que conceptual, una prerrogativa de la Administración será exorbitante si excede el Derecho Privado. Se pueden considerar como exorbitantes, aquellas cláusulas que, entre otras, permiten a la Administración⁵:

ejecutar sus propias decisiones (como por ejemplo la aplicación de sanciones o la ejecución de trabajos a cuenta del contratista moroso);

modificar unilateralmente las condiciones del contrato (*ius variandi*), el poder de rescisión unilateral, el rescate, etc.;

intervenir en la actividad interna del contratista, como por ejemplo establecer el cambio de la estructura de la sociedad, etc.;

control y dirección del contratista en variada intensidad;

otorgar privilegios al contratista como exclusividad o bien percibir tasas y otras prerrogativas frente a terceros.

Sin embargo, y a modo de reflexión, no podemos dejar de recordar que estamos ante un contrato entre dos partes, el mayor poder de una, genera diferentes problemas, algunos de ellos los iremos viendo en el presente trabajo, pero siempre se trata de un contrato y así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

“Los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto esta

⁴ COVIELLO, Pedro J.J., “El criterio del contrato administrativo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, ED 1985-111-845/852.

constituido por fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del Derecho Privado. El contrato administrativo queda subsumido en la definición contenida en el art. 1137 del Código Civil y, por ende, se le aplican, en la medida que no sean incompatibles con sus características propias, las normas del libro segundo, sección III, título I de dicho ordenamiento legal.”⁶

-III-

TEORÍA ECONOMICA DE LOS CONTRATOS Y LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

A continuación iremos viendo los propósitos de los contratos para la teoría económica del derecho⁷ y pasaremos el contrato administrativo a través de ellos viendo en cada caso sus implicancias. Como adelanto, diremos que debido a sus peculiares características, el contrato administrativo se encuentra con obstáculos para ser económicamente eficiente dando como resultado una contratación más onerosa para la Administración.

(i) FACILITAR EL INTERCAMBIO Y LOGRAR UNA COOPERACIÓN EFICIENTE:

El contrato se forma por la concurrencia de dos voluntades (o más), en los contratos administrativos por la concurrencia de la voluntad de la Administración y el

⁵ COVIELLO, Pedro J.J., obra citada página 848.

⁶ CS 29/03/1990 “Dulcamara S.A. c/Entel” (LL1990-E, 311)

cocontratante. La formación de la voluntad de la administración recorre una serie de etapas, cumplidas por distintos órganos. La selección del cocontratante de la Administración esta sujeta a normas que instauran distintos procedimientos especiales, como por ejemplo: la licitación pública, la licitación privada, el concurso, el remate público y, solo excepcionalmente, la contratación directa. Este sistema dificulta visualizar la negociación propiamente dicha en la contratación administrativa pero, sin embargo, existe, porque una vez formada la voluntad administrativa de contratar (distinta del contrato en sí), comienza el proceso de selección del cocontratante. El marco de negociación puede ser casi tan reducido como en el caso de los contratos de adhesión, pero existe.

Hecha esta salvedad, podemos decir que los contratos nacen, generalmente, de una negociación, a su vez ésta puede tomar diversas formas, ambas partes realizan concesiones hasta lograr un acuerdo que en su estimación les es beneficioso, al que luego las leyes, si cumple con ciertos recaudos, llaman contrato.

Las partes pueden obligarse a dar, hacer o no hacer, dependiendo del contenido de la prestación prometida. Esa obligación o promesa puede trasladarse en el tiempo, es decir, prometo hacer algo en determinado momento distinto de ahora. Es en éstas situaciones que comienza a jugar un papel importante la obligatoriedad de las promesas. Esto es, si ante el incumplimiento de alguna de las partes, la otra puede reclamar el cumplimiento forzoso de la prestación.

Desde el punto de vista económico, es eficiente el cumplimiento forzoso de una promesa, si el promitente y el receptor deseaban ese cumplimiento cuando se hizo la promesa. De esta manera se beneficia el intercambio de bienes necesario para el desarrollo del comercio.

⁷ Seguiremos el orden de dichos propósitos propuesto por Robert Cooter y Thomas Ulen en su obra "Derecho y Economía". Confrontar: Robert Cooter y Thomas Ulen, "Derecho y Economía", Fondo de Cultura Económica, 1999 México

Cuando los economistas hablan de eficiencia, en general, hacen referencia a la eficiencia en el sentido de Pareto. Algo es Pareto-eficiente si, una vez realizados todos los intercambios entre sujetos, no se puede beneficiar a uno sin perjudicar a otro; si ello fuere posible no estaríamos ante una situación eficiente en el sentido de Pareto⁸. Solo se recomiendan los cambios que mejoren la situación de una persona (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otro (también según su propia estimación).

Los contratos permiten exigir el cumplimiento de las prestaciones prometidas por las partes. Esta posibilidad genera cooperación entre las partes y nos lleva a soluciones eficientes. A fin de explicitar esta idea haremos uso de la "teoría de los juegos".

Imaginemos 2 jugadores, el primero (A) decide si pondrá, o no, un activo valioso bajo el control del segundo jugador (B), este activo debería ser la prestación a cumplir del contrato. Si A pone el activo bajo el control de B, éste último decidirá si coopera, o se apropia del activo. La cooperación es productiva y podría ser, por ejemplo: los intereses de un préstamo, el beneficio que se obtiene por invertir, el excedente del comercio, entre otros. Las partes se dividen el producto de la cooperación, por lo que ambas se benefician. Si el jugador B se apropia del activo de A, solo se beneficia B, y se perjudica A (hay una redistribución de la riqueza pero no una mayor riqueza).

En el siguiente cuadro (Gráfico Nro. 1) se representan las alternativas mencionadas, a las que se les ha asignado un número al solo efecto ilustrativo. El activo tiene un valor igual a uno y la ganancia de la cooperación es igual a uno (que se divide entre ambos jugadores) así:

⁸ Posner prefiere utilizar el concepto de eficiencia Kaldor-Hicks o de maximización de la riqueza (los ganadores podrían compensar a los perdedores, aunque no lo hagan efectivamente), sin embargo según la postura de Cooter y Ulen está contemplada también la compensación a los perdedores pues en las situaciones Pareto eficientes aquél que se beneficia con una transacción compensa a la otra parte en la medida del beneficio (si el beneficio es uno serán 0.50 y 0.50 para cada uno o tal vez menos para uno pero

Segundo Jugador (B)

Primer jugador (A)	Cooperar	Apropiarse
Invertir	0.5	1.0
No Invertir	0	0

Gráfico 1

Las opciones del jugador A son: Invertir o No Invertir; en el primer caso puede ocurrir que gane 0.5, además de recuperar su inversión, si el jugador B decide cooperar o que pierda 1.0 si el jugador B se apropia; si en cambio el jugador A decide no invertir nada pasa. A su vez si el jugador A decidió invertir el jugador B puede optar por cooperar y ganar 0.5 o por apropiarse y ganar 1.0.

Si consideramos las mejores movidas que cada jugador puede realizar. Vemos que si el jugador A invierte, la mejor movida para el jugador B es apropiarse porque recibe más ganancia de esa forma. A su vez, el jugador A puede sospechar que el jugador B se apropiará de su activo por lo que su mejor movida será no invertir. En consecuencia el juego aquí termina en una solución no cooperativa; la decisión de "no invertir" por parte del jugador A y la decisión de apropiarse por parte del jugador B (ver celda sombreada del Gráfico 1).

Hasta ahora asumimos que no hay un contrato legalmente exigible entre A y B, supongamos que lo hubiera y observemos como cambia la matriz en el cuadro siguiente,

siempre más beneficio que si no se hubiera realizado la transacción). Cfr. Richard A. Posner, "El análisis económico del Derecho", Fondo de Cultura Económica, 1998 México.

cuando A invierte a cambio de una promesa legalmente exigible de cooperar por parte de B:

Segundo Jugador (B)

Primer jugador (A)	Cooperar	Apropiarse
Invertir	0.5	-0.5
No Invertir	0	0

Gráfico 2

Si el jugador B decide apropiarse del activo, debe pagarle al jugador A la inversión más lo que hubiera ganado si B hubiera cumplido la promesa, en nuestro ejemplo B pagará 1.5 (1 por la inversión y 0.5 la ganancia esperada). Nótese que B solo pierde 0.5 y no 1.5 ya que 1.0 es lo que obtuvo de la apropiación del activo. Habiendo una promesa legalmente exigible, la mejor movida para A es invertir, y la mejor opción para B es cooperar. Así, a través del contrato con prestaciones legalmente exigibles se convierten juegos de solución no cooperativa en juegos de solución cooperativa. Esto es eficiente, ya que si sumamos los números de cada celda, la única celda que da 1 (beneficio neto obtenido de la transacción y distinto de lo invertido) es la sombreada en esta matriz, las demás dan cero en ambos casos.

En el caso específico de los contratos administrativos, y para el ejemplo, debemos considerar la contratación ya adjudicada, y que requiere de una inversión optativa inicial en cabeza del cocontratante, hecha la cual la Administración se ve en la obligación de

cooperar en algún sentido, por ejemplo, disminuyendo los cánones o permitiendo un aumento de precios, etc. Si no coopera se verá obligada a resarcir al cocontratante⁹. Suponemos un funcionamiento adecuado de los órganos Administrativos y judiciales.

Ambas partes, quieren que una promesa sea legalmente exigible para que el promitente pueda comprometerse creíblemente a cumplir, de lo contrario nos encontraríamos en el caso del Gráfico 1. Un compromiso creíble de cumplir permite que las partes cooperen.

Si la promesa es legalmente exigible quiere decir que se prevé algún tipo de sanción para el caso de incumplimiento, por ejemplo el reintegro de la prestación debida más un plus como indemnización (en nuestro ejemplo la ganancia que se esperaba obtener)¹⁰.

Para facilitar el análisis pensemos la sanción como un precio que debe pagar el promitente por incumplir el contrato, cuanto mayor sea el precio del incumplimiento mayor será el compromiso de cumplir.

Veremos como el régimen exorbitante, propio de los contratos administrativos, muchas veces distorsiona los propósitos de los contratos para la teoría económica del derecho, disminuyendo las posibilidades de una contratación eficiente para la Administración.

⁹ Nos referimos a la cooperación en el sentido de contraprestación contractual y no de colaboración entre Administración y administrado. Se entiende en doctrina a los contratos administrativos como de colaboración entre la Administración Pública y el administrado cocontratante ya que a través de los mismos se satisface una finalidad de utilidad pública que ha de beneficiar al cocontratante como administrado y miembro de la sociedad en adición al beneficio que obtendrá como consecuencia de la realización del negocio contenido en el contrato. De allí que se considere que en los contratos administrativos no ha de haber posiciones de confrontación sino de integración entre las voluntades sujetas al acuerdo.

¹⁰ A los efectos de este ejemplo el resarcimiento que hemos tomado es la reparación del daño al interés positivo, ya que la sanción a la que nos referimos implica obtener la prestación debida más una indemnización equivalente a la ganancia que se esperaba obtener (pago de daños de expectativa), no se pretende poner al cocontratante en la situación anterior a contratar

En la teoría económica de los contratos el primer propósito de los contratos es favorecer la cooperación eficiente facilitando el intercambio entre los sujetos al hacer exigibles las promesas¹¹.

Haciendo uso de las palabras de Paul G. Mahoney podemos decir que *“las partes realizan el contrato porque cada una valora más lo que recibe de lo que da. La valoración de las prestaciones esta basada en expectativas acerca del futuro ya que alguna de las prestaciones (lo prometido) se desarrollará en el futuro. Cuando lo que ocurre realmente en el futuro es distinto de lo que la parte esperaba se produce un desajuste de la valoración que la parte efectuó al momento de contratar, si esta diferencia crea en el contratante la idea de que lo que recibe es menos valioso que la prestación que ha de efectuar a cambio, sin lugar a dudas querrá salirse del contrato. Terminarlo. Si no hubieran sanciones por incumplimiento de contrato la parte dejaría de cumplir.”*¹²

(ii) OBTENER EL COMPROMISO OPTIMO DE CUMPLIR

El segundo propósito del derecho de los contratos es obtener el compromiso óptimo de cumplir¹³.

Desde un punto de vista de eficiencia económica en los contratos, el cumplimiento óptimo se da cuando el costo del cumplimiento para el promitente es menor que el beneficio del cumplimiento para el receptor de la promesa (eficiente cumplir). El incumplimiento óptimo se da cuando el costo del cumplimiento para el promitente es mayor que el beneficio del cumplimiento para el receptor de la promesa (eficiente no cumplir).

¹¹ Confrontar: Robert Cooter y Thomas Ulen, obra citada.

¹² Paul G. Mahoney, “Contracts Remedies:General” paper work No. 4600 (free translation)

¹³ Confrontar. Robert Cooter y Thomas Ulen, “Derecho y Economía”, Fondo de Cultura Económica, 1999 México.

El promitente cumplirá si el costo de cumplir es inferior al costo de incumplir. En consecuencia, el problema radica en la determinación del quantum de los daños a resarcir. Si los daños son mayores a los costos de cumplimiento y además superan al beneficio esperado por el receptor se cumplirán promesas en una forma ineficiente para la sociedad (convendría, por fines de eficacia, que se incumplieran). Si se los cuantifica por debajo del beneficio esperado por el receptor y siendo menores al costo de cumplimiento, también se arriba a una solución ineficiente, ya que se incumplirían contratos que deberían ser cumplidos (pero es más barato no cumplir). Cuando el precio del incumplimiento se iguala al beneficio perdido por el receptor de la promesa, hay incentivos para el cumplimiento y el incumplimiento eficientes.

La Administración, si bien puede ser obligada a cumplir una promesa, lo hará solo si es lo mejor para la prosecución de sus fines, de lo contrario hará uso de alguno de los mecanismos previstos en su régimen exorbitante para rescindir el contrato, u obligar a su cocontratante a modificar ciertas prestaciones. Por otro lado, cuando la Administración incumple un contrato y es condenada a resarcir al cocontratante existe un régimen especial de ejecución de sentencias contra el Estado, que desvirtúa el efecto de la sanción por incumplimiento (indemnización) por demorar en el tiempo el desembolso del dinero (un peso hoy vale más que un peso mañana), o bien, en algunos casos, hasta reemplazar el pago de la indemnización por bonos. En consecuencia, el resarcimiento del daño por el incumplimiento (costo del incumplimiento) es imperfecto y, muchas veces, torna más barato el incumplimiento que el cumplimiento en virtud de éstas distorsiones. Así, llegamos a soluciones ineficientes, es decir se incumple una obligación cuyo costo de incumplimiento, por distorsión, resulta a la postre inferior al costo del cumplimiento, ineficiencia que se ve incrementada si este último costo era inferior al beneficio que esperaba la otra parte del cumplimiento.

La Procuración del Tesoro de la Nación, en incontables oportunidades, ha expresado, que en los casos de rescisión por razones de oportunidad, mérito y

conveniencia, la Administración solo pagará por el daño emergente, no procede la reparación integral, es decir la indemnización por lucro cesante no corresponde¹⁴.

Este punto es importante ya que el particular cocontratante sabe de la posibilidad de ver rescindido su contrato por una decisión unilateral de la Administración que, justificada o equivocadamente, lo privará de recuperar su inversión y obtener el beneficio tenido en miras al contratar.

(iii) LOGRAR UN NIVEL DE CONFIANZA OPTIMA

Hay que tener en cuenta que las partes pueden libremente (y deben) alocar los riesgos del contrato, estableciendo obligaciones a cargo de una y otra, determinando sanciones por incumplimiento o demora en la ejecución, etc. En derecho y economía esta alocación, además, debe ser eficiente¹⁵.

Cuando se trata de la Administración hay una tendencia hacia soluciones no cooperativas, ya que es mayor el riesgo asumido por el cocontratante al decidir invertir, y si existe una tendencia de aversión al riesgo, el cocontratante tratará de minimizarlo (o asumirlo si valora en más el beneficio esperado).

¹⁴ “En la rescisión del contrato por razones de emergencia económica (Ley 23.696 art. 48) es inaplicable la reparación integral (daño emergente y lucro cesante). La ley de emergencia económica dispone que cuando se produce la rescisión por emergencia económica en un contrato de obra pública se asimila a la rescisión por fuerza mayor (art. 54 Ley 13.064) en consecuencia corresponde que se indemnice el daño emergente circunscripto a las inversiones efectuadas y que sean de imposible recuperación como consecuencia de la rescisión.” Dictámenes 242: 575. Ministerio de Educación (25/09/2002). “La Procuración distingue la rescisión por fuerza mayor sin responsabilidad para las partes de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (no rescisión por tal causa). En este último caso, corresponde reparar el daño emergente al contratista, quedando excluido el lucro cesante, daño emergente será: gastos directos o improductivos que el adjudicatario pruebe haber incurrido con posterioridad a la adjudicación y con motivo del contrato. La procuración ha considerado que los gastos improductivos tienen naturaleza indemnizatoria. Por lo tanto, ante una revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia corresponde una indemnización y esta es el Daño emergente (gastos directos + gastos improductivos).” Dictámenes 192: 158. Ministerio de Defensa (12/05/1990)

¹⁵ Conf. Georges G.Triantis, “Unforeseen Contingencies: Risk Allocation in Contracts” paper work No. 4500

Si hay mayor riesgo el retorno exigido a esa inversión es más elevado. El costo para la Administración es mayor porque hay mayor riesgo al decidir contratar con ésta. El individuo pensará más veces si invierte o no, cuando de quien depende el éxito de la operación es de la Administración. Si decide hacerlo requerirá mayores garantías; tratará de prever en el contrato la mayor cantidad de contingencias, asignándoles valores elevados para defenderse, de alguna manera, frente a las potestades exorbitantes de la Administración.

Esta desigualdad existente entre la Administración “poderosa” y el cocontratante, que naturalmente se ubica en una postura defensiva, además de dificultar el proceso de negociación (que ya adelantamos existe aunque en mínima medida) encarece la contratación para la Administración.

La protección existente a favor de la Administración, que actúa en beneficio de la comunidad y que a su criterio (dentro de los límites particulares de cada caso) puede deshacer lo andado en materia contractual, previa fundamentación¹⁶, perjudica en términos económicos a la Administración. Esta deberá afrontar mayores costos en todo el procedimiento (inicio, elección del cocontratante, previsión de contingencias, etc.) para el eventual caso de que haga uso de aquello que fue puesto en su protección (en nuestro beneficio como miembros de la comunidad) y que se conoce como Régimen Exorbitante.

El tercer propósito de los contratos, en la teoría económica, es asegurar una confianza óptima. Podríamos decir en términos simplificados que la eficiencia requiere más confianza (menos garantías) si la ganancia esperada supera a la pérdida esperada en probabilidad de ocurrencia, contrariamente la eficiencia requiere menos confianza (mayores garantías) si la pérdida esperada supera a la ganancia esperada en probabilidad de ocurrencia.

¹⁶ “Los actos emanados de facultades discrecionales -la revocación del acto licitatorio o bien la rescisión por interés público- exigen adecuada motivación -de la administración-.” Dictámenes 185: 188. Ministerio de Defensa (24/06/1988). Entre muchos otros dictámenes que se manifiestan en similares términos.

La confianza óptima será grande cuando el cumplimiento es casi seguro y menor cuando el cumplimiento es incierto.

La confianza óptima en un contrato administrativo también dependerá de la probabilidad de ocurrencia de la pérdida y de la ganancia esperadas, es muy difícil cuantificar ambas en contrataciones entre particulares, y en contrataciones con la administración es aún más dificultoso, máxime si el comportamiento de la Administración varía con el transcurso de los distintos gobiernos. La Administración se torna cada día menos previsible.

En el derecho de los contratos, según la teoría económica, se induce a la confianza óptima a través de la determinación de los daños a pagar al damnificado de la promesa incumplida. Se desalienta la confianza excesiva ya que la indemnización de daños será la correspondiente a una pérdida derivada del incumplimiento previsible. Aquel que ha depositado una confianza excesiva, requerirá para satisfacer su daño de una indemnización más alta (el incumplimiento para este individuo es muy gravoso), pero la ley y los tribunales solo acordarán una indemnización tomando como base una confianza óptima, es decir, obligarán al incumplidor a pagar el resarcimiento de los daños previsible (daño emergente y lucro cesante). La confianza excesiva se define como imprevisible e incompensable¹⁷.

Un elemento que afecta a la confianza de los particulares que contratan con la Administración es la facultad que ésta tiene de rescindir por sí el contrato administrativo en forma unilateral, y solo pagará por ello el daño emergente, como ya viéramos. La Administración goza de supremacía en esta relación¹⁸. Si los tribunales o las normas

¹⁷ Confrontar: Robert Cooter y Thomas Ulen, obra citada.

¹⁸ Así lo ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación en sus Dictámenes: “Mientras la Administración pública puede por sí rescindir el contrato en forma unilateral -y así lo tiene resuelto nuestra jurisprudencia- el contratista debe demandar la rescisión.” Dictámenes 216: 16. Universidad Nacional de Entre Ríos (4/01/1996). En el expediente Proyecto de Decreto 26.042 –Provisorio, 29/01/54 la Procuración del tesoro sostuvo: “el contrato de obra pública, en substancia, una locación de obra es, no obstante, un contrato administrativo, y, por ende, el Estado goza respecto del contratista de una situación de supremacía con prerrogativas que escapan al plano del Derecho Privado, derecho cuya aplicación corresponde por vía subsidiaria” Dictámenes 80: 241. Secretaría de Estado de Comunicaciones (21/03/1962)

aplicables a los contratos con la Administración distorsionan la reparación del daño, alteran también la finalidad del derecho de los contratos a lograr una confianza óptima, pues se paga menos el incumplimiento de lo que correspondería teniendo en cuenta el nivel de confianza óptima para ese contrato; no se cubren los daños previsibles. Se incentiva a tener un nivel de confianza menor al óptimo.

En tal caso, los particulares exigirán mayores garantías aumentando el costo de la contratación para la Administración.

(iv) REDUCIR COSTOS DE TRANSACCIÓN.

La celebración de un contrato implica la búsqueda de contrapartes, la negociación de los términos, la redacción del contrato y su cumplimiento. Todo ello implica esfuerzo, tiempo, conocimientos especiales y perseverancia. Este proceso tiene un costo, conocido en teoría económica como costos de transacción. En algunos contratos son realmente bajos pero en otros muy altos. La negociación y la redacción de un contrato son costosas, un contrato eficiente no cubrirá específicamente todas las contingencias pero si tendrá correctivos específicos (por ejemplo una multa por cada día de retraso) o generales (un proceso resolución de conflictos como estipular una cláusula arbitral).

El contrato destinado a reglar los derechos y obligaciones de las partes se complementa con un marco normativo dado (en carácter supletorio) para facilitar a las partes la regulación de la relación jurídica existente, es decir que reduce los costos de transacción de una negociación, al suplir aquello que no se ha regulado por ser su costo de transacción mayor al costo de asignación de la posible pérdida, teniendo en cuenta la probabilidad de ocurrencia de la misma (para el entendimiento de las partes).

El cuarto propósito del derecho de los contratos es precisamente minimizar los costos de transacción en la negociación mediante la provisión de términos de omisión eficiente. En el Derecho Argentino tenemos una gran cantidad de normas destinadas a suplir las falencias en la regulación de situaciones que puedan presentar los contratos

entre los particulares, es decir que la omisión de éstas situaciones en los contratos regidos por el Derecho Argentino es eficiente (reduce los costos de transacción y evita lagunas).

Para que un contrato sea eficiente, se requiere que los riesgos sean asignados a la parte que pueda asumirlos al menor costo y que cada derecho sea otorgado a la parte que más lo valora, esto sólo ocurre si las partes han podido negociar exhaustivamente el contrato, lo que se puede hacer si los costos de transacción son muy bajos o nulos. Cuando los costos de transacción son positivos, los contratos elaborados por las partes son imperfectos (no se ha podido agotar la discusión debido al costo), en consecuencia, requieren de la intervención de un tercero (juez, árbitro, perito, etc.) o del Derecho para su eficiencia, supliendo aquello que no se regló.

Para determinar si es mejor ahorrar el costo de transacción de asignar un riesgo que incurrirlo, debemos sopesar el costo de asignación de la pérdida que generará la ocurrencia de la misma por la probabilidad de ocurrencia. Si es mayor el costo de transacción es eficiente dejar la laguna. Ahora bien, esa laguna será llenada por las normas supletorias del derecho de los contratos (o bien por el llamado a dirimir el conflicto) que solucionan situaciones en omisión de términos contractuales. De allí que también debemos valorar antes de dejar una laguna cuál es la regla supletoria aplicable al caso, si la hubiera.

Sin embargo, en los contratos administrativos, que venimos estudiando, hay una clara diferencia: se rigen por el derecho público y el Estado goza de una situación privilegiada o de supremacía (como antes explicamos) respecto del contratista teniendo, además, en sus manos prerrogativas que escapan al derecho privado (ejecutoriedad de sus actos por ejemplo).

Ante un reclamo el cocontratante (administrado) deberá efectuar el agotamiento de una instancia previa a la judicial, es decir deberá primero recurrir administrativamente la decisión de la Administración, para luego poder acceder a la vía judicial (verdadero tercero imparcial que entenderá en el conflicto). Esto aumenta el costo de la asignación

de una pérdida. En consecuencia, se torna más beneficioso incurrir en un costo de transacción más alto para prever en el acuerdo una asignación de riesgos y no quedar a merced del sistema (más tiempo entre el problema y su solución).

La negociación en la contratación administrativa es reducida. La libertad de las partes queda circunscripta o limitada a la norma que fija el procedimiento para elegir al cocontratante; a la aprobación o autorización legislativa o administrativa. El cocontratante no tiene, en principio, la libertad de disentir con las condiciones del contrato solo puede aceptarlas, o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público sobre los intereses privados. Nunca podrá agotar la negociación. Además, una de las partes tiene en miras un bien mayor que el beneficio a obtener por el contrato.

Las reglas supletorias no serán siempre las mismas que en el derecho privado y muchas de ellas serán en beneficio de la Administración. Si a ello se le suma que, dado el actual comportamiento de la Administración, la probabilidad de ocurrencia de un incumplimiento por su parte es alto, en los contratos administrativos es más eficiente asignar los riesgos (si ello es posible) que asignar pérdidas (cuya probabilidad de ocurrencia es alta) ya que la solución para las mismas, acaecido el evento, será en beneficio de la Administración directamente o en consecuencia (por ejemplo la modificación de reglas en el primer caso, o bien el pago de daños -insuficientes, a largo plazo, previa instancia administrativa y probablemente en bonos- en el segundo). Si no es posible negociar la asignación de riesgos el cocontratante optará por un precio más alto que lo que pediría de contratar con un particular.

(v) CORREGIR DESVIOS

Vimos en el apartado anterior las normas supletorias de la voluntad de las partes que operan ante las lagunas del contrato, pero existen otras normas en el derecho de los contratos que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes, se imponen aun ante cláusulas contrarias en el contrato (por ejemplo la nulidad del contrato celebrado por

quien no tiene capacidad para contratar). Estas normas, para la teoría económica de los contratos, son impuestas para corregir las imperfecciones del contrato, como en el mercado se corrigen las desviaciones mediante la intervención del Estado, aquí el legislador impone su criterio directriz para evitar apartamientos de lo que se considera un modelo perfecto de contrato.

Este tipo de normas son eficientes solo porque no existen contratos perfectos, en donde los costos de transacción son nulos, pudiendo las partes asignar cada derecho a quien más lo valora y cada pérdida a quien pueda asumirla al menor costo.

El quinto propósito del derecho de los contratos, para la teoría económica del derecho, es corregir las fallas del contrato mediante la regulación de sus términos.

En los contratos administrativos a estas regulaciones irrenunciables debemos adicionar las cláusulas exorbitantes implícitas en dichos contratos, aun ante renuncia expresa de la Administración a variar las condiciones, ésta podrá variarlas por el *ius variandi* si el bien perseguido con la contratación lo justifica. Deberá resarcir al cocontratante pero ya hemos dicho las complicaciones de esta reparación.

(vi) PROMOVER RELACIONES A LARGO PLAZO

Por último cabe mencionar al sexto propósito de los contratos: promover las relaciones a largo plazo. Es decir, promover la existencia de relaciones que, debido a su continuidad razonable en el tiempo, minimizan la intervención del aparato estatal (tribunales). Ello, porque en los conflictos que surjan de una relación a largo plazo los jueces y el derecho de los contratos en general, trataran de reparar la relación primero y, luego, si ello no fuere posible se determinará la indemnización a pagar si hubiere daño.

No nos referimos a relaciones eternas sino a relaciones de un plazo razonable para el tipo de negocio, generalmente a mayor inversión mayor el plazo que se requiere para

recuperarla; a mayor complejidad de tareas mayor el tiempo para la prestación del servicio; etc. Dependerá del negocio subyacente el plazo adecuado.

Las relaciones a largo plazo evitan el comportamiento oportunista (es menos probable que una Parte se sienta tentada a incumplir el contrato, teniendo en miras su propio beneficio, muchas veces traducido en un enriquecimiento a corto plazo) y promueven la realización de las inversiones que se recuperaran en el transcurso del contrato (con la ganancia pertinente). Si no existiera la exigibilidad del contrato la relación a largo plazo sería impensable y las partes obrarían en consecuencia, llegándose a soluciones no cooperativas, no habría intercambio, y por lo tanto estaríamos en la situación planteada en el Gráfico 1 descripta antes.

Si son altas las probabilidades de que la Administración deje sin efecto el contrato, o lo modifique de manera tal que se transforme en otra cosa (distinta de la querida por las partes al inicio) haciendo uso de las cláusulas exorbitantes, las relaciones a largo plazo serán escasas y el comportamiento oportunista será la consecuencia. El incentivo será obtener el mayor beneficio en el más corto tiempo posible, lo que termina en una solución no cooperativa (Gráfico 1).

-IV-

REFLEXIÓN FINAL

Las prerrogativas de la administración se manifiestan en la desigualdad jurídica de los cocontratantes y en las cláusulas exorbitantes del derecho común. La

Administración aparece en un plano de superioridad jurídica respecto del cocontratante. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad jurídica, que es uno de los elementos básicos de la contratación civil. Si la Administración contrata se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al cocontratante.

En la contratación con la Administración, el principio de inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el *ius variandi* de la Administración (la potestad de introducir modificaciones que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el cocontratante) enervando el acuerdo originario.

Así, la Administración puede adaptar el contrato a las necesidades públicas de diversas maneras. Podrá variar, dentro de ciertos límites, las obligaciones del cocontratante (modificación unilateral, mutabilidad del contrato). La Administración también puede ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del cocontratante), en caso de incumplimiento o mora de la otra parte. La Administración unilateralmente podrá dejar sin efecto el contrato y por sí en caso de incumplimiento discutido cuando las necesidades públicas así lo justifiquen¹⁹. El contrato administrativo cede ante el interés público²⁰.

¹⁹ Continúa la Procuración diciendo que respecto al ejercicio del derecho de rescisión por las partes, el régimen es distinto, la Administración puede rescindir por sí unilateralmente, el contratista debe solicitarlo judicialmente. La diferencia se justifica en que es evidente que la Administración no va a diferir una rescisión fundada a obtener una decisión judicial que puede demorar años y paralizar, mientras tanto, la obra porque ello atenta con el principio básico de la ejecutoriedad de los actos administrativos (Conf. Bielsa "Derecho Administrativo" Tomo II, 5ta Edición). En consecuencia, mientras la administración no se pronuncie respecto de la rescisión el contratista sigue obligado por el contrato. Dictámenes 80: 241. Secretaría de Estado de Comunicaciones (21/03/1962)

²⁰ "Precisamente, de la propia naturaleza del contrato que nos ocupa, resulta que el contratista debe cumplir estrictamente sus obligaciones, con mayor rigurosidad que si se tratara de un contrato de derecho privado, y ello por estar comprometidos los intereses públicos. La preeminencia del poder público en sus relaciones con el contratista le acuerda a la Administración un poder exorbitante en la dirección y contralor de la ejecución de los contratos, por lo que puede darle órdenes, modificarlo unilateralmente en su extensión, revocarlo por oportunidad o conveniencia y aun rescindirlo por su exclusiva decisión, en caso de incumplimiento (Conf. Bercaitz, M.A. "Teoría General de los Contratos Administrativos", Bs.As. 1952, Nro. 127, p.253; Sayagues Lazo, "Derecho Administrativo" Montevideo 1953, TI ps 563,569 y 3773/8)". Dictámenes 177 : 363 citado en Dictámenes 80: 241. Secretaría de Estado de Comunicaciones (21/03/1962)

Esta desigualdad tiene su fundamento en la diversidad de los fines perseguidos por las partes, mientras que el particular persigue un fin económico privado, la Administración persigue un fin público o necesidad pública colectiva; el fin privado se ve subordinado al fin público.

Las cláusulas exorbitantes son disposiciones derogatorias del derecho privado, algunas inusuales en contrataciones privadas, otras de ser incluidas en un contrato privado serían consideradas ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Por ejemplo, son inusuales en el derecho privado las cláusulas que facultan a la Administración a rescindir el contrato por sí, o que la Administración quede exenta de responsabilidad por mora en los pagos; serían ilícitas las cláusulas que facultasen por ejemplo al acreedor hipotecario a ejecutar por sí el bien hipotecado con prescindencia de la intervención de la justicia.

Éstas cláusulas pueden estar expresamente contempladas en el contrato o bien surgir del régimen especial aplicable a la contratación administrativa.

En virtud de éstas cláusulas la Administración puede ejercer un control de alcance excepcional sobre su cocontratante, modificar unilateralmente las condiciones del contrato²¹, dar directivas, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etc.

No es equivocado que la Administración tenga herramientas adecuadas para impedir que un contrato arruine el fin público perseguido. La sociedad debe asumir el mayor costo que ello produce; pero no es razonable y es nocivo para la sociedad la imprevisibilidad del comportamiento de la Administración debida a causas distintas del fin público perseguido (motivaciones políticas, mala administración, etc.) y el mal uso de

²¹ Es importante destacar respecto del *ius variandi* que la Administración deberá efectuar la correspondiente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato. El inconveniente se presenta cuando no hay acuerdo entre las partes respecto a si se ha respetado este principio o no, lo que genera una fuente de conflicto negativa económicamente para el cocontratante y

éstas herramientas. En tales casos se genera un mayor costo adicional que no debiera estar.

Así, un sistema que nació en defensa del interés social, lamentablemente ha servido muchas veces como herramienta de prácticas poco felices y descuidadas. Pensemos, por ejemplo, en los incumplimientos de las obligaciones frente a los concesionarios de servicios (caso de los D.N.I., productores de petróleo y gas, empresas de agua, etc.) en donde dicho comportamiento podrá costar a los Argentinos millones de pesos²². Este sistema protectivo de los intereses de la sociedad es de suma importancia pero requiere un manejo cauto y conforme a derecho porque, si se tiene en cuenta que trae aparejado mayores costos para la contratación en cabeza de la Administración, y que este mayor costo se acrecienta cuando se adiciona alguna desviación de poder o un uso indebido u abusivo de dicho sistema, la sociedad estará pagando prácticamente el doble: por una parte para garantizar una protección adecuada del interés social perseguido en el quehacer de la Administración y, por otra parte, por los errores cometidos por la Administración que a su vez incrementan los costos para la contratación futura.

Se dificulta pensar quién querrá contratar con una parte que puede alterar unilateralmente las condiciones de la prestación²³, que puede rescindir por sí el contrato, o bien que puede exonerarse de las responsabilidades por mora y que además lo hace fuera de un marco de razonabilidad. Éstas potestades dificultan las posibilidades de contratación de la Administración lo que, termina perjudicando a la sociedad. Si los particulares pudieran tener la certeza de que las cláusulas exorbitantes serán usadas

además de percibir la compensación esta se verá diferida en el tiempo (e incluso podría ser pagada en bonos).

²² Actualmente en el International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) se llevan 40 casos aproximadamente contra la República Argentina debido a supuestos incumplimientos de las obligaciones contenidas en los diferentes tratados de protección a las inversiones que fueron incorporadas por las concesiones y contratos celebrados con inversores extranjeros (particulares). Fuente: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListPending>

²³ Son innumerables los ejemplos de ejercicio del ius variandi por parte de la Administración. Sólo a título ilustrativo cabe recordar el artículo 88 del Anexo I del decreto reglamentario 1738/92 de la ley del gas (proceso de privatización de Gas de Estado) en donde se determinó que los contratos de capacidad de transporte que se opusieran a los principios de esta norma deberían adaptarse o ser rescindidos a criterio de la Administración según corresponda.

conforme a derecho y para lo que fueron creadas, disminuiría el riesgo a asumir cuando se contrata con el Estado, y por lo tanto la sociedad argentina se vería beneficiada.

Por último debemos remarcar que los límites de las potestades de la Administración están dados por la juridicidad del obrar administrativo tanto en su aspecto reglado como en el discrecional.

Sin embargo son incontables los ejemplos de incumplimientos de las condiciones prometidas, de incumplimientos legales de Administración (sus propias normas son violadas por ésta)²⁴, lo que aumenta la desconfianza en el obrar de la Administración, requiriéndosele mayores garantías (y a veces aún así muchos deciden no contratar). Es caro para la Administración contratar, no sólo por el régimen exorbitante del derecho común que le es propio, sino también por el uso que ha efectuado de éste a lo largo de los años.

Como lo hemos venido sosteniendo en el curso de este trabajo, a través de la teoría económica de los contratos, podemos ver que un régimen en principio protectorio de la Administración para garantizar la prosecución de sus fines que benefician a todos los miembros de la sociedad, encarecen objetivamente la realización de los mismos. La Administración paga más por sus contratos debido a los incentivos adversos que crea éste régimen exorbitante. Pero también la Administración paga aun más debido a su propia conducta, al mal uso de los institutos que tiene a su alcance, creando un perjuicio para la sociedad en desmedro del bien común, aquello que precisamente debe cuidar en su obrar.

²⁴ Ilustrativamente se puede citar el desbaratamiento de las condiciones otorgadas a concesionarios de exploración y explotación de áreas (invariabilidad impositiva, garantía de libre disponibilidad, régimen especial de repatriación de divisas -70/30-, etc.), el impedimento a la suba de tarifas de servicios públicos trasladando los costos de un aumento previsto en los pliegos, etc.

BILIOGRAFIA

- ✓ CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo", Abeledo Perrot 1999, Buenos Aires, Argentina.
- ✓ BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Tomo I, El Ateneo 1947, Buenos Aires, Argentina.
- ✓ CASSAGNE, Juan Carlos, "La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas", Revista de Derecho Administrativo 1994, Año 6, No. 15 a 17, pags. 143-166, Editorial Depalma.
- ✓ POSNER, Richard A., "El análisis económico del Derecho", Fondo de Cultura Económica, 1998 México.
- ✓ ROBERT COOTER Y THOMAS ULEN, "Derecho y Economía", Fondo de Cultura Económica, 1999 México.
- ✓ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Interpretación Económica de los contratos", Rubinzal-Culzoni, 1994 Buenos Aires, Argentina.
- ✓ DROMI, Roberto, "Reforma del Estado y Privatizaciones" Tomo 3 Contratos, Astrea, 1991 Buenos Aires, Argentina.
- ✓ ESCOLA, Hector Jorge, "Tratado Integral de los Contratos Administrativos" Volumen I, Depalma, 1977 Buenos Aires, Argentina.
- ✓ GAMBIER, Beltran, "El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos" Revista de Derecho Administrativo 1995, Año 7, No. 18-20, págs 441/460, Editorial Depalma.
- ✓ COVIELLO, Pedro J.J., "El criterio del contrato administrativo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED 1985-111-845/852.

INTERNET

- ✓ Paul G. Mahoney, “Contracts Remedies:General”, paper work No. 4600. Se puede bajar gratuitamente de: <http://www.scribd.com/doc/239251/Contract-Remedies-General>

- ✓ Georges G.Triantis, “Unforeseen Contingencies: Risk Allocation in Contracts”, paper work No. 4500. Se puede bajar gratuitamente de: <http://www.scribd.com/doc/239259/Unforeseen-Contingencies-Risk-Allocation-in-Contracts>

- ✓ Steven Shavell, “Economic Analysis of Contract Law”, Discussion Paper No. 403 (02/2003) ISSN 1045-6333. Harvard Law School. Se puede bajar gratuitamente de : http://www.law.harvard.edu/program/olin_center.

- ✓ Lois Kaplow and Steven Shavell, “Fairness Versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice”, Discussion Paper No. 411 (03/2003) ISSN 1045-6333. Harvard Law School. Se puede bajar gratuitamente de: http://www.law.harvard.edu/program/olin_center