

EVOLUCION DE LA CONTRATACION EN EL SECTOR PUBLICO

Dr. Carlos E. Delpiazzo (*)

SUMARIO:

I) INTRODUCCION. Tres mutaciones gravitantes. **II) DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.** De la enumeración a la conceptualización. **III) DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA A LA CONTRATACION PUBLICA.** Incidencia de la expansión del sector público. **IV) DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CONVENCIONAL A LA ELECTRONICA.** Influencia de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el campo contractual público.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica y de Derecho Telemático, y Director del Instituto de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Andrés Bello de juristas franco latino americanos, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

I) INTRODUCCION

La caracterización actual de la actividad contractual de los distintos organismos que componen el llamado sector público de la economía puede alcanzarse a través de la reseña de la evolución experimentada por la misma en tres etapas o momentos principales susceptibles de ser individualizadas esquemáticamente de la siguiente manera:

a) tránsito de los contratos administrativos a la contratación administrativa;

b) tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública;
y

c) tránsito de la contratación pública convencional a la contratación pública electrónica.

A examinar las características de cada una de las referidas instancias se dedicarán los párrafos siguientes, dejando consignado desde ya que, en muchos aspectos, las mismas se superponen tanto a nivel comparado como de los Derechos nacionales, con lo cual la clasificación se realiza con un propósito más didáctico que cronológico.

II) DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Negada por unos y discutida por otros, la actuación contractual de los entes públicos ha devenido un fenómeno indiscutible, que constituye uno de los medios más importantes a través de los cuales se manifiesta la actividad administrativa, que no es sólo imposición unilateral sino que también puede ser concierto de voluntades.

Por eso, bien pudo decir Bartolomé FIORINI que mientras los juristas polemizaban sobre la posibilidad de que el poder público pudiera realizar contratos, la realidad diariamente patentizaba la presencia de relaciones contractuales entre el Estado y los particulares, relaciones que han ido proliferando en forma tal que la Administración pública ha llegado a constituirse en uno de los mayores consumidores y clientes del mercado.

Siendo así, inicialmente la doctrina y la jurisprudencia francesas acuñaron la categoría del *contrato administrativo* oponiéndola a los denominados contratos privados de la Administración.

Incididas por la necesidad de distinguir los respectivos ámbitos de competencia para entender respecto a unos y otros, dicha diferenciación causó más problemas de los que solucionó, agravándose la cuestión por la diversidad de

regulaciones positivas existentes en los países respecto a los diferentes contratos susceptibles de ser celebrados por las Administraciones públicas.

Para soslayar dicha cuestión, Enrique SAYAGUES LASO sugirió la conveniencia de hablar de contratos de la Administración o de *contratación administrativa* en vez de contratos administrativos ya que, además, esta última designación trae reminiscencias de la teoría de la doble personalidad del Estado y no es útil ni desde el punto de vista conceptual ni del Derecho positivo cuando no existen problemas de jurisdicción.

En efecto, no se trata de una mera cuestión de palabras ya que la Administración es una y se rige primordialmente por el Derecho público (en cuanto a la competencia de sus órganos, los procedimientos de actuación, la formación de su voluntad, etc.), de modo que, en materia contractual, lo que puede estar regulado en algunos casos por el Derecho privado es el objeto del contrato.

A partir de tal clarificación del panorama, si bien es cierto que en el procedimiento de la contratación hay un conjunto de actos unilaterales, resulta claro que el contrato como tal implica la conjugación de por lo menos dos voluntades. Por lo tanto, un punto de partida útil, basado en un método realista, es el de considerar que la contratación administrativa es un dato y en consecuencia corresponde desentrañar cuál es la esencia del mismo.

Sobre el particular, lo primero que debe destacarse es que el contrato como categoría jurídica, al igual que otras instituciones del Derecho, se ha desarrollado preferentemente en algunas ramas del mismo. Pero ese desarrollo preeminente en una determinada disciplina no es suficiente para concluir que esa institución -en el caso el contrato- pertenece de manera exclusiva a una disciplina o rama del Derecho. En efecto, la mayoría de las figuras jurídicas trascendentes son comunes a los distintos sectores del orden jurídico. Nadie puede decir que la propiedad es un instituto exclusivo del Derecho civil, aunque aparezca definido el dominio en el Código Civil; de la misma manera nadie puede decir que el contrato es un instituto típico y propio de una determinada rama del Derecho. Se trata de instituciones del Derecho que trascienden las distintas parcelas científicas en que puede dividirse el análisis del Derecho y se convierten en verdaderos institutos propios de la teoría general, susceptibles por lo tanto de ser analizados desde distintos ángulos o perspectivas.

Prácticamente no hay figuras jurídicas propias ni del Derecho público, ni del Derecho privado: la responsabilidad, la propiedad, el contrato, los bienes, etc. son instituciones que permanecen inmutables, más allá de la disciplina a la cual se apliquen.

Significa que el contrato es una categoría abstracta, es un género que se adjetiva o califica en determinadas especies, cuando a sus caracteres básicos que son los definitorios del género se le agregan las notas que lo singularizan, en orden a lo cual vamos a tratar de señalar cuáles son los caracteres básicos de la

contratación (género) y luego vamos a ver qué le agrega la calificación de “administrativa” (especie).

Los **caracteres básicos del género contractual** están dados por el acuerdo de voluntades generador de obligaciones, que existe en todo contrato, sea de la especie que sea, según lo destacó André DE LAUBADERE.

Esto vale para todos los contratos y es lo que dice nuestro Código Civil en el art. 1247, cuando establece lo siguiente: “Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera”. En esta definición del Código Civil se recoge lo que es la esencia básica del contrato, un acuerdo de voluntades (plurilateralidad), generador de obligaciones, cuyo contenido variará según la especie contractual.

Al tratar de individualizar cuáles son las **diferencias específicas** que agrega la intervención de la Administración en materia contractual, se han planteado por la doctrina una diversidad de criterios tendientes a contestar la pregunta de qué es lo propio y particular de la contratación administrativa que permite distinguirla de otras áreas de la contratación.

En primer lugar, se ha postulado el *criterio subjetivo* (patrocinado por Edouard LAFERRIERE), conforme al cual siempre que actúa un órgano público, se entiende que hay un contrato de la Administración.

En segundo lugar, se ha acudido al denominado *criterio de la jurisdicción* (propuesto, entre otros, por MERKL), que en nuestro Derecho no presenta una relevancia sustancial pero que en otros países sí la tiene, porque la legislación distingue entre Tribunales competentes para entender en los contratos de la Administración y para entender en los contratos regulados por el Derecho privado, y entonces se vuelve importante la determinación para saber cuál es el Tribunal que ha de entender en cada caso. Se trata de un criterio procesal o de jurisdicción para distinguir entre unos y otros.

En tercer lugar, se ha invocado un *criterio formal* (desarrollado por Maurice HAURIUO), que atiende al procedimiento seguido para contratar; evidentemente la Administración sigue un conjunto de trámites y ritualidades que no son las que siguen normalmente los demás agentes económicos cuando contratan. Basta pensar, a título de ejemplo, en las diferencias en orden al procedimiento entre la compra de un vehículo por cualquier particular y la compra de un vehículo por la Administración.

En cuarto lugar, ha tenido gran predicamento entre los autores el denominado *criterio de las cláusulas exorbitantes* (seguido por André DE LAUBADERE, Georges VEDEL y otros), conforme al cual lo definitorio de la contratación administrativa es la presencia de cláusulas exorbitantes del Derecho común, es decir, cláusulas que aparecen en los contratos de la Administración y

que nunca existirían en un contrato entre particulares. Consecuentemente, se utiliza como criterio para distinguir entre un contrato de la Administración y uno que no lo es, el de si existen cláusulas inusuales que en definitiva traduzcan el ejercicio de poderes públicos, que por lo tanto exorbitan el ámbito privado contractual.

En quinto lugar, fue muy común en el Derecho francés de principios del siglo pasado fue *criterio del servicio público* (cuyo padre fue León DUGUIT seguido por Gastón JEZE y otros discípulos), según el cual si el contrato a celebrar tiene por finalidad atender a un servicio público es un contrato de Derecho público, un contrato de la Administración. Si en cambio no apunta a la persecución de un servicio público, entonces es un contrato de Derecho privado. La dificultad de este criterio deriva a definir qué es un servicio público, concepto sobre el cual lejos está la doctrina de tener unanimidad y más bien se advierte una tendencia a restringir cada vez más el concepto de servicio público; en las primeras décadas del siglo XX hubo autores que escribieron Manuales de Derecho Administrativo bajo el título de “Tratado de los servicios públicos”, o sea, que casi se identificaba el concepto de servicio público con el contenido del Derecho propio de la Administración con tal amplitud que poco sirve para distinguir lo específico del contrato de la Administración.

En sexto lugar, cabe señalar el *criterio de la subordinación*, el cual es una derivación de un clásico criterio de diferenciación entre el Derecho público y el Derecho privado, conforme al cual se dice que cuando dos sujetos actúan en una relación de igualdad o de equiordenación, esa relación está regida por el Derecho privado y en cambio cuando un sujeto se encuentra en relación de supremacía respecto al otro allí prima el Derecho público y por lo tanto, trasladado esto al ámbito de la contratación, en la hipótesis en que tengamos un contrato en el cual se advierte la superioridad de la parte estatal respecto a la otra parte, entonces allí estaremos frente a un contrato de la Administración.

En séptimo lugar, corresponde mencionar el *criterio del fin* (expuesto en nuestro continente por Eduardo SOTO KLOSS y Héctor ESCOLA, entre otros), en base al cual se dice que puesto que la Administración siempre actúa en pos de un interés público, cuando en la celebración de un contrato esté comprometido el interés público nos encontraremos frente a un contrato de la Administración. Cuando en cambio los intereses que se perfilan como predominantes sean de índole privada se tratará de un contrato regido por el Derecho común.

En séptimo lugar, cabe hacer caudal del denominado *criterio de la sustantividad* del contrato de la Administración (desarrollado por Rodolfo BARRA y Gaspar ARIÑO ORTIZ, entre otros), conforme al cual en el contrato de la Administración existe una sustancia, una materia que es propia y específica del actuar de los órganos públicos. Este criterio es un criterio relativamente moderno, que ha sido también objeto de críticas en cuanto se señala que esa sustantividad es fácil de advertirse en determinados contratos, como puede ser el de obra pública, o el de concesión de servicio público, pero no en otros como cuando el

Estado compra, vende o arrienda, hipótesis en las cuales esa sustantividad aparece desdibujada.

Evidentemente, la precedente lista de criterios no es agotadora de todos los que se han planteado, pero sí suficientemente ilustrativa de la diversidad de opiniones que existen en torno al punto de determinar cuál es el elemento diferencial o cuál es la nota específica para caracterizar al contrato de la Administración como una especie dentro del género contractual.

En rigor, los contratos de la Administración constituyen una forma de la actividad administrativa, de manera tal que las notas específicas definitorias del contrato de la Administración son las que derivan básicamente de los dos aspectos siguientes:

- a) la singularidad de la Administración como tal; y
- b) la presencia del fin público que caracteriza toda la actuación de la Administración.

Tomando como punto de partida dichas notas distintivas y orientadoras, es dable advertir cómo existen elementos que permiten diferenciar los contratos de la Administración de los que no lo son.

En primer lugar, siempre habrá aspectos formales diferenciales ya que cuando interviene la Administración, ella actúa según reglas y principios que le son propios.

En segundo lugar, en cuanto al fin, se perseguirá el interés público, muchas veces particularizado en el interés del servicio respectivo. Sin que este sea el lugar para volver sobre el concepto de interés público, es preciso señalar que no debe confundirse con aquella vieja doctrina que prácticamente identificaba al servicio público con el Derecho público.

En tercer lugar, en función de estos dos criterios de la singularidad de la Administración *-criterio orgánico-* signado por el carácter finalista (criterio teleológico) de su actuación, se deriva la posibilidad de distinguir distintos tipos de contratos en orden al régimen jurídico a que estén sometidos. Así, tendremos que la Administración puede celebrar contratos regulados exclusivamente por el Derecho público, como ocurre por ejemplo con la concesión de servicio público o con el contrato de obra pública; contratos análogos con ciertas figuras contractuales de Derecho privado, como el contrato de suministro que guarda similitud con el contrato de compraventa de bienes muebles; o contratos celebrados por la Administración que son típicos del Derecho privado, como por ejemplo el arrendamiento.

No obstante, aún en esta última hipótesis de celebración de contratos cuyo objeto tiene regulación en el Derecho privado, la singularidad que deriva de la

participación de la Administración y el fin público perseguido determinan que haya igualmente intensa presencia del Derecho público, aún en este tercer tipo de contratos y así, por ejemplo, las normas sobre competencia para contratar serán normas típicamente de Derecho público. Igualmente, las normas que refieren al procedimiento a seguir para seleccionar a la contraparte con la cual contratar también van a estar reguladas por el Derecho público. Asimismo, el modo como se habrá de formar la voluntad del órgano público estatal estará regido por normas de Derecho público que hacen a su competencia, y la forma a través de la cual se manifiesta esa voluntad de la Administración también estará regulada por el Derecho público.

Quiere decir que, sin perjuicio del denominado fenómeno de la “huída del Derecho Administrativo”, cuando se habla de que la Administración celebra contratos típicos de Derecho privado, la alusión al Derecho privado estará referida en principio al objeto contractual ya que en orden a la competencia, al procedimiento, a la voluntad y a la forma regirá siempre un conjunto de normas típicas de Derecho público.

III) DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA A LA CONTRATACION PUBLICA

Un conjunto de transformaciones acaecidas en los últimos años del siglo XX y en los primeros del que estamos viviendo han determinado un desborde de la contratación administrativa y el consiguiente advenimiento y universalización de la denominada contratación pública.

Una primera causa de este nuevo tránsito la constituye la **diversificación de actores** intervinientes. Mientras que tradicionalmente el sujeto de la contratación administrativa era una Administración, entendida como un órgano público y estatal actuando en función administrativa, las últimas décadas muestran una diversificación de actores en el campo contractual como consecuencia de la mencionada “huída” del Derecho Administrativo.

Ello es así porque algunas Administraciones institucionales de nuestros días han migrado hacia el Derecho común, haciéndolo principalmente de dos maneras: acudiendo en su actuación al ordenamiento jurídico privado y a través de la constitución de formas organizativas de Derecho privado.

Así, la creación de *entes instrumentales* encargados de la gestión de amplios sectores de la actividad de la Administración que prescinden en su actuación de normas del Derecho Administrativo y la utilización instrumental del Derecho privado en las relaciones de tales entes con terceros e, incluso, en su propia organización y estructura, ubica ante un escenario no alcanzado por las normas tradicionales sobre la contratación administrativa y que es necesario contemplar en atención a que las mismas actúan por cuenta de sus matrices.

Una segunda causa del cambio bajo examen es la **convergencia tecnológica** producida por el encuentro de la Informática y de las Telecomunicaciones, la cual ha posibilitado la contratación electrónica, caracterizada por una serie de peculiaridades que la diferencian de la contratación convencional, tanto desde el punto de vista práctico como jurídico.

Una tercera causa determinante del advenimiento de la contratación pública la constituyen los **procesos de integración y globalización**, que también expanden las fronteras de la contratación del sector público en la medida que desbordan las fronteras soberanas de los distintos Estados, posibilitando que oferentes y demandantes estén ubicados en distintos países y, por ende, regidos por distintos Derechos nacionales.

Frente a la expansión del sector público de la economía, superados los clásicos criterios definitorios de la contratación administrativa, también deviene insuficiente el criterio orgánico teleológico de identificación de la misma.

Es por esa razón que aparece el nuevo concepto de *contratación pública* con pretensión de responder a las exigencias del cambiante mundo en el que vivimos, tanto desde el punto de vista internacional como de los Estados nacionales y desde el punto de vista conceptual.

En primer lugar, **desde el punto de vista internacional**, para poner de manifiesto el fenómeno de la convergencia jurídica en materia de contratación pública, basta hacer referencia a los acuerdos alcanzados en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la Unión Europea (UE) y del Mercado Común del Sur (Mercosur).

Por lo que refiere a la OMC, a partir de la constatación de que la contratación pública es un importante capítulo del comercio internacional, al finalizar la Ronda Uruguay del GATT, uno de los tratados plurilaterales alcanzados en Marrakech fue el *Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de 15 de abril de 1994*.

De acuerdo a su art. 1º, “El presente Acuerdo es aplicable a todas las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a los contratos que celebren las entidades sujetas al cumplimiento del presente Acuerdo que se detallan en el Apéndice I”. Dicho Apéndice se divide en cinco Anexos correspondientes a cada Estado parte:

- a) en el Anexo 1 figuran las entidades de los Gobiernos centrales;
- b) en el Anexo 2 figuran las entidades de los Gobiernos sub centrales;
- c) en el Anexo 3 figuran todas las demás entidades que se rigen en sus contratos por las disposiciones del Acuerdo;

d) en el Anexo 4 constan, mediante enumeración positiva o negativa, los servicios abarcados en el Acuerdo; y

e) en el Anexo 5 constan los servicios de construcción abarcados.

Por lo tanto, más allá de la adecuación correspondiente a la realidad organizativa de cada Estado, es de ver la expansión del concepto de contratación pública, que desborda los límites tradicionales de la contratación administrativa.

El Acuerdo contempla especialmente normas sobre procedimientos de selección (art. 6º y sigtes.), poniendo especial énfasis en la transparencia de los mismos (art. 17 y sigtes.) y garantías de impugnación (art. 20).

Anivel europeo, corresponde hacer referencia a la *Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004*, en virtud de la cual se procedió a la “refundición en un único texto” (según se consigna en su Considerando 1) de una serie de Directivas anteriores sobre contratación pública, incorporando también criterios sustentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario.

En orden a su alcance, dice en su art. 1º, num. 2, lit. a) que “Son contratos públicos los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”.

De este modo, se erige como noción decisiva la de poder adjudicador, a cuyo respecto agrega el num. 9 de la misma norma que “Son considerados poderes adjudicadores el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público”, comprendiéndose dentro de la categoría de “organismos de Derecho público” todo aquel:

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) dotado de personalidad jurídica; y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público

En el ámbito del Mercosur, se alcanzó el *Protocolo de contrataciones públicas del Mercosur de 9 de diciembre de 2004* mediante la Decisión del Consejo del Mercado Común N° 27/04 dictada ese día.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el art. 2° dispone que “El Protocolo se aplica a las contrataciones públicas que las entidades de todos los niveles de gobierno federales y sub federales celebren para la adquisición de bienes y servicios, cualquiera sea su combinación, incluidas las obras públicas mediante cualquier método contractual”, incluyendo en el Anexo I las entidades comprendidas en la norma (cuya amplitud desborda el ámbito exclusivo de las Administraciones públicas en sentido estricto de cada país).

En segundo lugar, **desde el punto de vista de los Estados nacionales**, frente al fenómeno de la huída hacia el Derecho común por parte de muchas Administraciones públicas y de la paralela globalización de las transacciones posibles, el Derecho Administrativo moderno ha procurado extender su regulación a fin de abarcar las manifestaciones contractuales emergentes.

Así ha ocurrido a nivel interno de los países más adelantados como desde fuentes supranacionales, lo que permite constatar la formación de un “*ius commune administrativum*”, que se encuentra en una constante relación de interacción con los Derechos nacionales, en los cuales se inserta y a los cuales condiciona en influencia recíproca.

En función de dicha realidad, bien ha destacado Sabino CASSESE que los Derechos Administrativos nacionales se explican cada vez más desde su integración en otros sistemas jurídicos más complejos, que no responden a las reglas tradicionales de los ordenamientos jurídicos estatales.

Muchos los ejemplos de cambios normativos recientes, en los cuales se define la nueva regulación sobre contratos del sector público ya no -como antes- en base a la índole de los sujetos intervinientes, sino atendiendo a las diferentes fases y objeto del contrato: preparación, selección del contratista, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción.

En tercer lugar, desde el punto de vista conceptual, la aludida convergencia de los Derechos Administrativos se manifiesta, entre otros aspectos, en el pasaje de la contratación administrativa a la contratación pública, el cual no es sólo una cuestión de nombre sino que traduce los esfuerzos realizados desde el ámbito internacional y desde muchos países para ubicar la **diferencia específica** en un *criterio funcional* (y ya no orgánico) signado siempre por el fin público (aspecto teleológico) para definir los casos alcanzados por la normativa respectiva.

Así, a través de la noción de “*poderes adjudicadores*”, ya no son sólo las Administraciones públicas sino también otras entidades del sector público no estatal o privadas creadas para satisfacer necesidades de interés general las que quedan abarcadas por el régimen positivo de contratación.

En efecto, frente al abuso de las técnicas jurídicas privadas por las Administraciones públicas, debe estarse al dato de la “*influencia dominante*” del poder público sobre el ente adjudicador y la índole de la actividad de que se trate ya que, cuando se atiende a la satisfacción de necesidades de interés general, los contratos respectivos deberán sujetarse a los procedimientos y controles generales. Ello debe ser así porque la búsqueda de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social) en ningún caso puede legitimar la transgresión de previsiones normativas so pretexto de que éstas imponen trámites formales cuya observancia es larga o costosa para resolver la cuestión de que se trate.

De este modo, las normas del nuevo Derecho administrativo (convergente y global) procuran escapar al intento de categorización de las Administraciones públicas (de por sí difícil por la diversidad organizativa de los distintos Estados), acudiendo como pauta definitoria a los denominados “poderes adjudicadores”, abarcativa de todo ente que dispone del poder público de adjudicar contratos (con independencia de su ubicación institucional y naturaleza jurídica).

IV) DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CONVENCIONAL A LA ELECTRONICA

Cuanto viene de decirse acerca del tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública no agota las transformaciones actuales al respecto ya que el advenimiento de la contratación electrónica plantea una serie de peculiaridades que la diferencian de la contratación convencional.

En efecto, el contexto presente de la contratación electrónica presenta una serie de características que no pueden dejar de ser consideradas, con independencia de que ella refiera al sector público o al sector privado.

A título meramente enunciativo, pueden señalarse los siguientes caracteres o **rasgos distintivos**:

a) el *medio de realización del contrato es electrónico o digital* ya que se lleva a cabo a través de un computador conectado a la red de redes;

b) la contratación se realiza en el denominado ciberespacio, definido como “el lugar sin lugar”, o sea, en un *espacio deslocalizado*, de modo que a priori no se pueden identificar con inequívoca seguridad las vinculaciones territoriales de los distintos elementos de la relación jurídica (ubicación de las partes, lugar de celebración o de ejecución de las obligaciones, etc.);

c) implica la *desmaterialización* -gráficamente expresada en la “despapelización”- y, por ende, el requerimiento de nuevos mecanismos de prueba que den seguridad y soporte a las operaciones;

d) el *ámbito* en que actúan las partes (Internet) es una red abierta con participantes heterogéneos (consumidores, empresas, Administraciones) sometidos a regímenes jurídicos diferenciados;

e) el intercambio *desborda los territorios soberanos* ya que no pasa por controles fronterizos geográficos;

f) la *interconexión* permite relaciones directas que posibilitan la eliminación de los intermediarios tradicionales, aunque aparecen otros necesarios, tales como proveedores de acceso y prestadores de servicios de certificación; y

g) aparecen *nuevos riesgos* a la vez que *nuevas oportunidades*; y

h) las transacciones se realizan con mayor *rapidez*.

Tal conjunto de caracteres muestra que no es imprescindible un régimen jurídico propio y nuevo para los contratos electrónicos, pero sí una adaptación de las reglas clásicas a las nuevas exigencias impuestas por las modernas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Teniendo en cuenta las variantes indicadas, corresponde referirse a la **concreción de la contratación electrónica en el sector público**, la cual abarca no sólo los aspectos procedimentales sino también los sustantivos.

Con específica referencia a estos últimos, dos aspectos convocan especialmente la atención respecto a los contratos electrónicos: su celebración y su ejecución a través de la red.

En cuanto al perfeccionamiento de los contratos a través de medios electrónicos, la misma depende de la índole del acuerdo de que se trate, habida cuenta de que oferta y aceptación tendrán lugar electrónicamente.

En principio, sólo pueden celebrarse electrónicamente los contratos consensuales, es decir, los que se perfeccionan por el consentimiento de las partes ya que los contratos solemnes requieren formalidades específicas para su nacimiento mientras que los reales precisan la entrega de la cosa objeto del contrato.

Además, para determinar el momento y lugar de la celebración del contrato, suele distinguirse según las voluntades negociales se intercambien entre presentes o entre ausentes. Cuando se habla de contratos concluidos entre ausentes o presentes, se hace referencia a la ausencia o presencia humana en el mismo lugar físico en el momento de emitirse la propuesta y en el instante de conocerse o recibirse la respuesta, de modo que las partes están ausentes cuando el proponente y el destinatario de la oferta se encuentran en distinto lugar físico (ámbito espacial) en un momento determinado (ámbito temporal), mientras

que están presentes cuando se hallan en el mismo lugar físico (ámbito espacial) en un momento determinado (ámbito temporal).

Si bien el intercambio electrónico ha determinado que puedan existir contratos entre ausentes con consentimiento formado de modo instantáneo (como si fuera entre presentes), en los casos en que al acuerdo de partes se llega progresivamente, el Derecho comparado exhibe cuatro sistemas para precisar el momento de nacimiento del contrato:

a) el sistema de la aceptación, de acuerdo al cual el consentimiento se concluye con la sola exteriorización de la voluntad de aceptación;

b) el sistema de la expedición, conforme al cual se exige, para completar el acuerdo de voluntades, la aceptación exteriorizada y la emisión formal de la misma;

c) el sistema de la recepción, según el cual se requiere que la aceptación llegue al proponente;

d) el sistema del conocimiento, para el cual se necesita no sólo que el destinatario recepcione la aceptación sino que, además, tome conocimiento efectivo de ella.

En el caso de los contratos públicos, se agrega como cuestión adicional la de determinar la naturaleza jurídica y efectos de la decisión del poder adjudicador interviniente, según se expondrá más adelante.

Por otra parte, *en cuanto a la ejecución* de los contratos electrónicos, es habitual distinguir entre los directos y los indirectos según la transacción refiera a bienes intangibles (susceptibles de ser entregados a través de la red) o a bienes tangibles (de modo que la entrega del producto o la realización del servicio no puede tener lugar en línea).

Paralelamente, un capítulo importante en materia de ejecución contractual electrónica es el relativo a los medios de pago a través de la red ya que el uso de los medios tradicionales -que implican la entrega física de dinero u otros instrumentos de pago- resulta inapropiado cuando la formación del contrato y la ejecución del resto de las prestaciones relevantes tiene lugar por vía electrónica.

En nuestro país, cabe señalar que por Resolución del Poder Ejecutivo N° 1.177/999 de 15 de diciembre de 1999, se aprobó un sistema de pago por transferencia electrónica a proveedores del Estado. En virtud de dicha disposición, se adecuó al ámbito específico de la relación entre las Administraciones públicas y sus cocontratantes la normativa y experiencia preexistente en materia de transferencias electrónicas de fondos.